

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito  
universitario y en la investigación**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**Rodrigo Cetina Presuel**

Directoras

Loreto Corredoira y Alfonso  
Wilma Teresa Arellano Toledo

**Madrid, 2015**

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN



## TESIS DOCTORAL

**Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación**

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Rodrigo Cetina Presuel

DIRECTORAS

Loreto Corredoira y Alfonso  
Wilma Teresa Arellano Toledo

**Madrid, 2014**

# **Límites al derecho de autor y uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación**

Rodrigo Cetina Presuel



**TESIS DOCTORAL**

**Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Ciencias de la Información**

**Dirigida por:  
Loreto Corredoira y Alfonso  
Wilma Teresa Arellano Toledo**

**OCTUBRE 2014**

**Dedicatoria:**

A mi esposa, Floor,  
A mis padres y a mi hermana,

Gracias por todo el apoyo, la paciencia,  
Y por siempre creer en mí.

### **Agradecimientos:**

Gracias a mis directoras, las Doctoras Loreto Corredoira y Alfonso y Wilma Arellano Toledo, sin su interés, ayuda, disponibilidad, indicaciones y enseñanzas me hubiera sido imposible realizar este trabajo.

Gracias a todos los miembros de la Sección Departamental de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, por todo lo aprendido.





## **Resumen**

En la actualidad, las leyes de derecho de autor protegen mayormente a intereses económicos. El plazo y objeto de la protección se ha expandido constantemente y se ha llegado incluso a otorgar al tenedor de los derechos control total sobre cualquier utilización de una obra, independientemente de si existen límites a los derechos exclusivos justificados por la protección del interés público o algún derecho fundamental.

El equilibrio entre la protección al autor, a los intereses comerciales y a la sociedad en su conjunto ha desaparecido. Esto se debe a la deficiente legislación en la materia, que ha perdido de vista sus objetivos: proteger al autor y su obra incentivando la creación en beneficio tanto del mismo autor como de toda la sociedad en su conjunto.

Si bien es cierto que la protección tiene un aspecto patrimonial, también tiene que tomarse en cuenta la necesidad de proteger la personalidad del autor a través de los derechos morales y al interés público, cosa que se hace generalmente a través de los límites a los derechos exclusivos. Es entre todos esos intereses donde el equilibrio debería existir.

Un análisis de dichos límites, particularmente de los de cita e ilustración de la enseñanza, íntimamente relacionados con la protección de la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el derecho a la educación, permite darse cuenta que el legislador actúa como si la protección a los intereses económicos fuese lo más importante, o incluso lo único.

La regulación de los límites es deficiente pues no cubren las necesidades de acceso de los usuarios de manera solvente. Parece que la mayor preocupación es no afectar a la explotación comercial de las obras más que defender a los intereses de la sociedad en su conjunto.

La regla de los tres pasos, que limita el accionar del legislador nacional al adoptar nuevos límites en su derecho interno y según algunos ordenamientos jurídicos, sirve para interpretar la aplicación de los límites ya previstos en la ley, da mayor valor a consideraciones de carácter



económico que a justificaciones basadas en el interés general o en libertades fundamentales a la hora de analizar si un límite debe ser considerado como válido o no.

La tutela legal a las medidas tecnológicas de protección y las disposiciones que permiten controlar cualquier utilización de obras puestas a disposición online a través de contratos unilaterales, ponen en peligro la existencia de los mismos límites a derechos exclusivos debido a que la ley de derecho de autor deja enteramente en manos de los tenedores de derechos las condiciones de acceso y utilización de material protegido, sin importar cualquier disposición legal que permita utilizations libres.

Una solución al problema podría ser modificar la legislación que establece los límites a derechos exclusivos, procurando que sean más flexibles y permitan la mayor cantidad de utilizations libres en beneficio del interés público, y teniendo cuidado de no afectar injustificadamente a los derechos de autor y de terceros. Más flexibilidad de la que existe actualmente es posible.

Sin embargo, a día de hoy, debido a la regla de los tres pasos y su interpretación restrictiva, dichas reformas no pueden ser tan amplias como es necesario. Además, dichas reformas tendrán poco impacto si no se solucionan los problemas resultantes de la regulación de las medidas de protección y los contratos unilaterales. En España, aún si las reformas legales que se espera entren en vigor en 2015 dotan a los límites de mayor flexibilidad, la situación mejorará poco si no se da soluciones a estas otras cuestiones.

Como modificar la legislación que regula la regla de los tres pasos y a las medidas tecnológicas requiere cambios a los Tratados Internacionales, esta no es una solución a corto plazo. La modificación de tratados implica grandes esfuerzos en la negociación y puede tomar incluso décadas. Por eso, creemos que la mejor solución es buscar otras alternativas: una de ellas puede ser adoptar legislación que proteja al dominio público.

Como por definición se regularía lo que ya no está protegido por el derecho de autor, no haría falta modificar ninguna ley de propiedad intelectual. Una legislación del dominio público permitiría definir su sujeto, objeto y contenido, lo que posibilitaría la protección activa de derechos de libre acceso y libre utilización de obras dentro de su ámbito.

Dicha legislación, y lo que se protege a través de la misma, serviría de contrapunto a la continua expansión y sobreprotección de intereses económicos, restaurando por lo menos parte del equilibrio perdido y ayudando a suplir las carencias del sistema de límites a los derechos exclusivos.

## **Abstract**

Current copyright legislation grants too much protection to commercial interests, constantly expanding the term and subject-matter protected by the laws, even granting the rights' holder total control over any use of a work, regardless of the existence of limits to exclusive rights that serve a public interest.

The necessary balance between protection to authors, to economic interests and society as a whole has disappeared. This is due to poor legislation that has lost sight of its goals: protecting authors' works, thereby giving them the incentive to create in order to benefit both the author and society as a whole.

It is true that protection involves economic considerations but it also has a moral aspect that protects the author's personality and has to protect public interest as well. This last thing is done through limits to exclusive rights. Balance should exist between all these interests.

However, an analysis of those limits, particularly the quotation and educational activities limits, both connected with the protection of freedom of speech, access to culture and the right to education; allows us to see that legislators act as if commercial interest is the most important aspect of protection, or even the only one.

The way limits are regulated is deficient; they do not solve the users' accessibility needs. It seems that their main concern is to avoid any harm to the commercial exploitation of works rather than protecting public interest.

The three-step test, established to constrain national legislators' ability to adopt new limits in local legislation and for courts to interpret already adopted limits in national laws, gives more weight to commercial considerations than to public interest or human rights when examining if a limit should be considered valid.

Regulation of technical protection measures and legislation that allows control of any possible use of a work of authorship through opt-in contracts when those works are made available online, is a serious threat to the existence of limits to exclusive rights because the law leaves the copyright owner the power to decide the conditions of access and what uses of protected material are allowed, even if the law establishes some free uses.

One solution to the problem would be modifying the statutes that establish limits to exclusive rights resulting in more flexible limitations that allow for the most possible free uses, as long as author's and copyright owner's rights are not unreasonably affected. More flexibility than the one currently present in legislation is possible.

However, due to the three-step test, such reforms cannot be as comprehensive as needed, and any reform will have little impact as long as the problems that arise from regulation of technical protection measures and opt-in contracts still exist. In Spain, even if the expected reform of 2015 brings about somewhat more flexible limits, if the other issues are not solved, the situation cannot be expected to improve substantially.

But since changing legislation regulating both the three-step test and technical protection measures requires the amendment of International Treaties, this is not a short term solution. Changing Treaties often requires great effort and can take decades. We believe a better solution would be to seek alternatives, and of them could be adopting legislation that protects the public domain.

Since by definition public domain legislation only affects works of authorship outside of copyright it would not require changing any of its laws. Such legislation would allow establishing its subject matter and beneficiaries as well as the active protection of rights such as free access and free uses of works in the public domain.

Public domain protection could serve as a counterbalance to copyright's continuous expansion and overprotection of commercial interests, restoring at least some of the lost balance and helping make up for some of copyright limits' existing deficiencies.





*Curriculum Vitae*  
**RODRIGO CETINA PRESUEL**

---

**Áreas de Investigación:**

Derecho de autor, Derechos Humanos y libertades civiles en Medios online, Derecho de la Comunicación, Protección de Datos y Alfabetización Digital.

---

**Formación Académica:**

DEA (Derecho de la Comunicación), Universidad Complutense de Madrid, 2009.

Tesina: Educación 2.0: Retos y obstáculos legales en Internet, Asesor: Dra. Loreto Corredoira y Alfonso.

Máster en Abogacía Internacional, IEB-ISDE. Madrid, 2006.

Licenciado en Derecho, Universidad Marista de Mérida, México, 2004.

---

**Docencia:**

Profesor de la asignatura de Derecho en el Grado de Publicidad del Centro Universitario Villanueva adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, 2011.

---

**Investigación:**

Cyberlaw Clinic y Observatorio TICs como parte del proyecto “Las Libertades Informativas en el contexto de la Web 2.0 y las Redes Sociales: Redefinición, Garantías y Límites”, Asistente de investigación y editor del blog Observatorio Tics, 2010-actualmente.

e-Televisión, proyecto de la Facultad de Ciencias de la Información de la UCM, Asistente de investigación, 2009-2011.

NYS Spanish BETAC at the Metropolitan Center for Urban Education, New York University, Steinhardt School of Education, Culture and Human Development, Estancia de investigación, Ene-Abr, 2011.

---

**Publicaciones relevantes:**

Toledo, W. y Cetina, R. A ser publicado en 2014). El derecho a la información en México y EE.UU. Desarrollo normativo y jurisprudencial. *Derecho de la Información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cetina, R. (2013). Garantías a la libertad de Expresión en las redes sociales. *La Sociedad de la Información y del Conocimiento en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. México: Miguel Ángel Porrúa-INFOTEC.

Cetina, R. y Corredoira, L. (2011). Video On Demand para la Educación y la Investigación: Excepciones al Derecho de Autor. *Revista Zer Aldizkaria*, 16(30). 153-159.

Corredoira, L. y Cetina, R. (2010). Privacidad en las redes sociales. Dos casos prácticos, las políticas de usuario de Facebook y Google. *Las Audiencias Activas, nuevas formas de participación pública. Consideraciones Éticas y Jurídicas*. México: Universidad Panamericana.

Cetina R. y Corredoira L. (2009). The Use of Video Journalism and other types of Copyrighted Video in Teaching Journalism. *The 2009 Online Symposium, University of Texas, Austin*.

---







# LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR Y EL USO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO Y EN LA INVESTIGACIÓN

## Índice

<b>Introducción.</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 1. La finalidad del derecho de autor.</b>	<b>27</b>
1.1 Uso del término “derecho de autor”	27
1.2 El equilibrio en la protección que otorga el derecho de autor.	28
1.3 Finalidad del derecho de autor desde el punto de vista del Copyright.	37
1.3.1 Interpretación judicial sobre la finalidad del Copyright norteamericano.	40
1.3.2 La expansión del Copyright.	43
1.3.3 La influencia de los grupos de interés.	47
1.3.4 La protección de los derechos morales en el Copyright.	53
1.3.4.1 Formas de defender el derecho moral en el sistema del Copyright.	54
1.3.4.2 Ley VARA: excepción de protección legislativa al derecho moral en el sistema del Copyright.	56
1.3.4.3 Sobre la poca penetración del derecho moral en la legislación norteamericana.	57
1.3.4.4 La falta de atención a los derechos morales en el copyright y su relación con la expansión del mismo.	59
1.3.5 La finalidad del Copyright norteamericano y su influencia en el equilibrio de intereses.	62
1.3.6 Recuperando el equilibrio en el Copyright recordando cuál debe ser su finalidad.	64
1.4 Finalidad del derecho de autor desde el punto de vista del derecho español.	66
1.4.1 La naturaleza y finalidad del derecho de autor en la Constitución española.	68
1.4.2 Derecho de autor como un derecho de la personalidad.	71
1.4.3 El derecho de autor como un derecho fundamental.	73
1.4.4 El derecho de autor como derecho de propiedad.	80
1.4.4.1 Razones para considerar que el derecho de autor no es un derecho de propiedad.	83
1.4.5 Derecho de autor como monopolio de explotación.	87
1.4.6 Derecho de autor como un derecho intelectual.	88
1.4.7 Teoría dualista o eclética del derecho de autor.	88
1.4.8 La naturaleza del derecho de autor y la necesidad de que incluya al interés público.	89
1.4.9 Derecho de autor como coadyuvante en la protección de los derechos fundamentales.	90
1.4.9.1 Protección de los derechos morales para garantizar derechos fundamentales.	92
1.4.9.2 Protección de los derechos económicos para garantizar derechos fundamentales.	95
1.4.10 Doble finalidad de la legislación del derecho de autor española.	97
1.5 Puntos de encuentro entre la finalidad del Copyright y la finalidad de la legislación del derecho de autor española.	101
1.6 Conclusiones al capítulo.	103

<b>Capítulo 2. Sujeto, objeto y contenido del derecho de autor.</b>	<b>116</b>
2.1 Hecho generador y contenido del derecho de autor.	117
2.1.1 Momento en que nace la protección al autor.	118
2.2 El contenido: tipos de derechos.	119
2.3 Sujetos: beneficiarios de los derechos de autor.	122
2.3.1 El autor individual.	125
2.3.2 Obras de varios autores.	128
2.3.3 La obra hecha por encargo, las obras creadas en una relación laboral y el <i>work for hire</i> .	133
2.3.4 Otros titulares de derechos.	139
2.3.4.1 Artistas intérpretes o ejecutantes.	140
2.3.4.2 Productores.	142
2.3.4.3 Entidades de radiodifusión, titulares de derechos sobre meras fotografías, y determinadas producciones editoriales.	145
2.3.4.4 Titulares de derechos sobre bases de datos.	151
2.4 Objeto de protección de los derechos de autor: la obra.	152
2.4.1 Obras originales.	158
2.4.2 Obras derivadas.	160
2.4.3 Colecciones y bases de datos.	163
2.5 Contenido del derecho de autor: los derechos morales.	167
2.5.1 El derecho a la divulgación de la obra.	170
2.5.2 El derecho a la paternidad de la obra.	174
2.5.3 El derecho de revelación.	176
2.5.4 El derecho a la integridad de la obra.	177
2.5.5 El derecho de modificación de la obra.	183
2.5.6 El derecho de retirada o de arrepentimiento.	184
2.5.7 El derecho de acceso al ejemplar único o raro.	186
2.5.8 Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.	187
2.5.9 Duración de la protección de los derechos morales.	190
2.6 Contenido del derecho de autor: los derechos de explotación.	193
2.6.1 Derecho de reproducción.	194
2.6.2 Derecho de distribución.	198
2.6.3 Derecho de comunicación pública.	200
2.6.4 Derecho de transformación.	206
2.6.5 Duración de los derechos de explotación.	210
2.6.6 Derechos de explotación de personas distintas al autor.	213
2.6.6.1 Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.	213
2.6.6.2 Derechos de los productores de fonogramas.	214
2.6.6.3 Derechos de los productores de grabaciones audiovisuales.	215
2.6.6.4 Derechos de las entidades de radiodifusión.	215
2.6.6.5 Derechos exclusivos sobre meras fotografías.	215
2.6.6.6 Derechos exclusivos sobre obras inéditas y obras no protegidas.	216
2.6.7 Contenido del derecho <i>sui generis</i> sobre las bases de datos.	216

2.6.8 Otros derechos: El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada-----	217
2.6.8.1 El derecho de participación.-----	218
2.6.8.2 El derecho de compensación por copia privada.-----	220
2.7 Conclusiones al capítulo.-----	221
<b>Capítulo 3. Límites y excepciones al derecho de autor.-----</b>	<b>224</b>
3.1 Limitaciones generales a los derechos de autor: Objeto y temporalidad.-----	225
3.2 Límites a los derechos exclusivos.-----	227
3.3 Importancia de los límites para mantener el equilibrio de intereses ante la expansión de los derechos exclusivos del autor.-----	230
3.4 Límites, excepciones o límites y excepciones.-----	236
3.5 Los límites en la legislación internacional.-----	243
3.5.1 Los límites en el Convenio de Berna.-----	245
3.5.1.1 La protección de textos oficiales.-----	245
3.5.1.2 Límites relacionados con el derecho a la información y la prensa.-----	246
3.5.1.3 Limitación en la protección de ciertos discursos y conferencias.-----	247
3.5.1.4 Otras posibilidades de libre utilización de obras.-----	247
3.5.1.5 Límites de cita y de ilustración de la enseñanza.-----	248
3.5.1.6 Los límites al derecho de reproducción y la regla de los tres pasos.-----	249
3.5.1.7 Otros límites y disposiciones.-----	250
3.5.2 Límites en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma de 1961).-----	251
3.5.3 Los límites en el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convenio de Ginebra de 1971).-----	252
3.5.4 Los límites en el Acuerdo ADPIC de 1994.-----	253
3.5.5 Los límites en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor.-----	255
3.5.6 Límites en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.-----	257
3.6 Los límites en el Derecho de la Unión Europea.-----	258
3.6.1 Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.-----	260
3.6.2 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.-----	263
3.6.3 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual.-----	270
3.6.4 Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual.-----	272
3.6.5 Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.-----	273

3.6.6 Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.	275
3.7 Los límites en el derecho español.	276
3.7.1 Límites de adopción obligatoria: las reproducciones provisionales.	279
3.7.2 Límites de adopción facultativa.	279
3.7.2.1 Límite de reproducción por copia privada.	279
3.7.2.2 Límite por motivos de seguridad pública y procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.	282
3.7.2.3 Límites en beneficio de personas con discapacidad.	282
3.7.2.4 Límites de cita y de ilustración de la enseñanza.	283
3.7.2.5 Trabajos sobre temas de actualidad y usos incidentales de obras en los mismos.	287
3.7.2.6 Límites a los derechos de explotación del titular de una base de datos.	289
3.7.2.7 Obras situadas en las vías públicas.	290
3.7.2.8 Límites para transmisiones por cable, satélite y grabaciones técnicas.	291
3.7.2.9 Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.	292
3.7.2.10 Actos oficiales y ceremonias religiosas.	295
3.7.2.11 La parodia.	295
3.7.2.12 Límite para tutelar el derecho de acceso a la cultura.	297
3.7.2.13 Límite al derecho de explotación sobre programas de ordenador.	297
3.7.2.14 Límites al derecho <i>sui generis</i> sobre las bases de datos.	299
3.8 Límites en el derecho español: menos cantidad y mayor restricción.	300
3.9 Conclusiones al capítulo.	307

#### **Capítulo 4. Los límites de cita e ilustración de la enseñanza en el Derecho internacional, europeo y español -----310**

4.1 El derecho de autor como coadyuvante del derecho a la educación.	310
4.2 Límites en beneficio de la educación e investigación universitarias.	318
4.3 Límites específicos: la cita y la ilustración de la enseñanza.	321
4.3.1 Diferencias entre el concepto de “cita” y el de “ilustración de la enseñanza.	321
4.4 El límite de cita en el Convenio de Berna.	324
4.4.1 Actos de explotación permitidos por el límite de cita según el Convenio de Berna.	324
4.4.2 Tipos de obras que pueden ser utilizadas a título de cita según el Convenio de Berna.	327
4.4.3 La extensión permitida de la cita según el Convenio de Berna.	328
4.4.4 La finalidad de la cita según el Convenio de Berna.	330
4.4.5 Beneficiarios del límite de cita según el Convenio de Berna.	331
4.4.6 Acceso legítimo a la obra que se pretende citar.	332
4.4.7 El límite de cita en Berna en comparación con su adopción por los Estados miembros.	332
4.5 El límite de ilustración de la enseñanza en el Convenio de Berna.	333
4.5.1 Actos de explotación permitidos por el límite de ilustración de la enseñanza.	335
4.5.2 Obras que pueden ser utilizadas bajo el amparo del límite.	336
4.5.3 Beneficiarios del límite.	340

4.5.4 El límite de ilustración de la enseñanza en Berna en comparación con su adopción en los ordenamientos nacionales.	341
4.6 Cita e ilustración de la enseñanza en la Directiva 2001/29/CE (Infosoc).	342
4.7 El límite de cita en la Directiva Infosoc.	343
4.7.1 La finalidad del límite de cita en la Directiva Infosoc.	344
4.7.2 Obras que pueden ser citadas según el límite de la Directiva Infosoc.	348
4.7.3 Derechos exclusivos afectados por el límite de cita contenido en la Directiva Infosoc.	349
4.7.4 Extensión posible de la cita según la Directiva Infosoc.	351
4.7.5 Sujetos que pueden beneficiarse del límite de cita.	352
4.7.6 Estados miembros que han adoptado el límite de cita en sus ordenamientos internos.	352
4.8 El límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc.	354
4.8.1 Actos de explotación permitidos por el límite de ilustración de la enseñanza.	355
4.8.2 Obras que pueden ser utilizadas bajo el amparo del límite de ilustración de la enseñanza.	358
4.8.3 Extensión de la utilización permitida por el límite de ilustración de la enseñanza.	359
4.8.4 Beneficiarios del límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc.	359
4.8.5 Países europeos que han elegido adoptar este límite.	363
4.9 Límites de cita e ilustración de la enseñanza en el Derecho español.	367
4.10 El límite de cita en la LPI española.	369
4.10.1 Necesidad de que la obra citada haya sido previamente divulgada.	371
4.10.2 Respeto a la integridad de la obra citada.	374
4.10.3 Respeto a la paternidad de la obra citada.	376
4.10.4 Finalidad del límite de cita en la LPI.	377
4.10.5 Beneficiarios del límite de cita en la LPI.	385
4.10.6 La extensión de la cita.	387
4.10.7 Derechos exclusivos que se ven afectados por el límite de cita.	392
4.10.8 Hacia una propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el límite de cita.	394
4.11 El límite de ilustración de la enseñanza en la LPI.	395
4.11.1 Derechos exclusivos afectados por el límite de ilustración de la enseñanza.	401
4.11.2 Obras que pueden ser utilizadas a título de ilustración de la enseñanza.	407
4.11.3 Uso de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas en ciertos casos.	411
4.11.4 Beneficiarios: el profesorado de la educación reglada.	412
4.11.5 El significado de “ilustración para el uso de obras.	415
4.11.6 El uso de obras para actividades educativas dentro de las aulas.	417
4.11.7 La finalidad no comercial perseguida.	419
4.11.8 Las obras utilizadas deben de haber sido previamente divulgadas.	421
4.11.9 Deber de citar la fuente y el autor cuando sea posible.	421
4.11.10 Hacia una propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el límite de ilustración de la enseñanza.	422
4.12 Canales de VOD en el ámbito Universitario: e-Televisión, un caso práctico que ilustra las deficiencias de los límites contenidos en el art. 32 LPI.	423
4.12.1 Canales de vídeo <i>on demand</i> y la LPI.	425
4.12.2 El caso de los canales de VOD de e-Televisión: Límites en los que pueden ampararse.	427
4.12.2.1 La extensión de la obra utilizada.	427
4.12.2.2 Los beneficiarios de uno u otro límite.	431

4.12.2.3 Los canales de VOD y las medidas de protección: el problema del acceso a los contenidos.	433
4.12.2.4 Implicaciones de que los canales de VOD deban ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza contenido en el art. 32.2 LPI.	434
4.13 Conclusiones al capítulo.	436

## **Capítulo 5. La regla de los tres pasos y las medidas tecnológicas de protección: una seria amenaza para los límites al derecho de autor.**-----457

5.1 La regla de los tres pasos en el Convenio de Berna y otros Tratados Internacionales.	457
5.1.1 El primer paso: Los límites deben aplicarse en determinados casos especiales.	463
5.1.2 El segundo paso: El límite no debe afectar a la explotación normal de la obra.	466
5.1.3 El tercer paso: El límite no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular de los derechos de explotación.	468
5.1.4 El problema de una interpretación restrictiva de la regla.	470
5.2 La regla de los tres pasos en la Directiva Infosoc.	474
5.2.1 El papel de la regla de los tres pasos en el Derecho de autor de la Unión Europea.	476
5.2.2 La regla de los tres pasos en los Tribunales de los países miembros.	483
5.2.2.1 Países que han aplicado restrictivamente la regla de los tres pasos en su derecho interno.	483
5.2.2.1.1 Francia: El caso <i>Mulholland Drive</i> .	483
5.2.2.1.2 Bélgica: El caso <i>Google News</i> .	488
5.2.2.1.3 Países Bajos, dos casos: <i>Ministry Press Reviews</i> y <i>Private Copy from Illegal Sources</i> .	489
5.2.2.2 Países que han aplicado la regla de los tres pasos de manera flexible en su derecho interno.	494
5.2.2.2.1 Alemania: <i>Re: the Supply of Photocopies of Newspaper Articles by a Public Library</i> .	494
5.2.2.2.2 España: Una aproximación <i>sui generis</i> .	496
5.2.3 Interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	503
5.2.4 Sobre el estado de la regla de los tres pasos en Europa.	507
5.3 La regla de los tres pasos en la legislación española.	511
5.3.1 La regla de los tres pasos a nivel internacional y su relación con la LPI	511
5.3.2 La regla de los tres pasos en el ámbito europeo y su relación con la LPI	512
5.3.3 El art. 40bis LPI: la regla de los tres pasos en España.	513
5.4 Análisis de una propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el primer párrafo del artículo 32.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (límite de cita).	519
5.5 Análisis de una propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el artículo 32.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (Límite de ilustración de la enseñanza e investigación).	530



5.6 Las medidas tecnológicas de protección y sus efectos sobre los límites, en particular la cita y la ilustración de la enseñanza.	543
5.6.1 Regulación de las medidas tecnológicas de protección en la legislación internacional y europea.	547
5.6.2 La regulación de las medidas tecnológicas de protección en la LPI española.	558
5.6.3 La complicada coexistencia de las medidas tecnológicas de protección con los límites a los derechos de autor en la LPI.	562
5.6.4 Acuerdos entre particulares, medidas de protección y la anulación de los límites al derecho de autor en la LPI.	565
5.6.5 Canales de VOD y medidas tecnológicas de protección: problemas con el acceso a los contenidos.	567
5.6.6 Posibles soluciones al conflicto entre la regulación de las medidas tecnológicas de protección y los límites al derecho de autor.	570
5.7 Conclusiones al capítulo.	575

## **Capítulo 6. Alternativas para una reforma al sistema de protección del derecho de autor tanto a nivel nacional como internacional.**-----592

6.1 Una nueva regla de los tres pasos.	600
6.1.1 Una interpretación más balanceada de la regla de los tres pasos.	601
6.1.2 La regla de los tres pasos inversa y la regla de los tres pasos entendida como <i>fair use</i> .	613
6.2 ¿Es realmente la doctrina del <i>fair use</i> una solución o solo parte del problema?	617
6.2.1 Los orígenes de la doctrina del <i>fair use</i> hasta su codificación.	618
6.2.2 Desarrollo del <i>fair use</i> en la jurisprudencia norteamericana.	622
6.2.2.1 <i>Sony. v. Universal City Studios</i> .	622
6.2.2.2 <i>Harper &amp; Row v. Nation</i> .	624
6.2.2.3 <i>Campbell v. Acuff Rose Music, Inc.</i>	628
6.2.2.4 <i>A &amp; M Records v. Napster</i> .	632
6.2.2.5 <i>Blake A. Field v. Google, Inc.</i>	634
6.2.3 Resultado del análisis de las sentencias.	636
6.2.4 Voces críticas con el <i>fair use</i> ¿El derecho a contratar un abogado?	639
6.2.5 Expansión de la doctrina del <i>fair use</i> en el Derecho internacional y su posible adopción en países como España: lecciones de la experiencia estadounidense.	646
6.3 Las licencias <i>Creative Commons</i> : ¿Alternativa válida a los límites al derecho de autor?	648
6.3.1 Opiniones críticas con <i>Creative Commons</i> .	653
6.4 El fortalecimiento del dominio público como solución.	661
6.4.1 La importancia del dominio público.	662
6.4.2 La expansión del derecho de autor y la reducción del dominio público.	670
6.4.2.1 La expansión del objeto y del contenido del derecho de autor.	670
6.4.2.2 La ampliación del plazo de protección.	674
6.4.3 La adopción de ciertas formalidades para robustecer el dominio público.	680
6.4.3.1 James Boyle y la notificación de reserva de derechos.	686
6.4.3.2 La propuesta de Lessig respecto de las formalidades.	687
6.4.3.3 La propuesta de Springman. Una propuesta híbrida.	691

6.4.4 La reducción de los plazos de protección a los derechos exclusivos como solución para fortalecer el dominio público.	694
6.4.4.1 La propuesta de Lessig para reducir los plazos de protección.	695
6.4.4.2 La propuesta de Landes y Posner.	697
6.4.5 La regulación del dominio público como medio para su fortalecimiento.	703
6.4.5.1 Definición del concepto legal de dominio público.	705
6.4.5.2 Objeto del dominio público.	707
6.4.5.3 Los sujetos del dominio público.	710
6.4.5.3.1 Sujeto activo: Los ciudadanos en general.	710
6.4.5.3.2 Sujeto activo: Autores que tienen un derecho moral sobre obras en el dominio público.	710
6.4.5.3.3 Sujeto activo: El Estado como garante del interés general.	711
6.4.5.3.4 Sujeto pasivo: Tenedores de derechos exclusivos.	712
6.4.5.3.5 Sujeto pasivo: El Estado como garante del dominio público.	712
6.4.5.4 El contenido del dominio público: derechos.	713
6.4.5.4.1 El derecho de acceso libre.	713
6.4.5.4.2 El derecho a la utilización libre.	714
6.4.5.5 Otras consideraciones.	716
6.6 Conclusiones al capítulo.	719
<b>Conclusiones.</b>	<b>738</b>
<i>Adendum.</i>	<b>757</b>
<b>Bibliografía.</b>	<b>763</b>

## **Introducción.**

En el derecho de autor confluyen una serie de intereses distintos y la legislación siempre ha aspirado a que exista un balance en la protección a los mismos.

Por un lado están los intereses de los autores, creadores de obras originales, a los que la Ley otorga una serie de derechos, unos con características morales y otros de carácter patrimonial.

En un grupo distinto están los terceros que se benefician de la explotación de los contenidos creados por los autores y que por tanto buscan la comercialización de las obras. Estos están protegidos por la Ley, ya sea porque los autores les han transferido sus derechos de explotación o porque la misma Ley les otorga derechos en determinados casos.

En un tercer grupo están los intereses de la sociedad en general y cuyos beneficiarios, todas las personas, requieren del acceso a la cultura y la ciencia, es decir a las obras, estén o no protegidas, pues esto es lo que permite a la sociedad avanzar hacia el bien común y contribuye a la protección de ciertos derechos fundamentales. Como estos dos últimos son objetivos del Estado, al mismo se le debe de considerar también dentro de este tercer grupo.

Como es normal, los derechos de los distintos grupos entran en tensión lo que hace complicada la labor de procurar un balance de intereses de tal manera que no se sobreproteja a un grupo a expensa de los derechos de los demás.

Desde las primeras legislaciones del derecho de autor, la doctrina ha advertido que la tensión entre intereses siempre ha estado ahí y que el equilibrio siempre ha sido puesto a prueba con los avances tecnológicos, desde la aparición de la imprenta hasta la llegada de Internet, y probablemente continuará en el futuro.

Se dice que Internet y las tecnologías digitales han desequilibrado la balanza por completo. Desde muchos círculos se dice que estamos en una época en donde existe una desprotección total a los autores y tenedores de derechos económicos que ven como sus obras son reproducidas y

comunicadas públicamente sin autorización a veces con total impunidad. Muchas veces el debate en materia de derechos de autor se centra en esta cuestión, en la llamada “piratería” y en si la gente debería de ser libre para reproducir contenidos protegidos para su uso personal o si por el contrario es necesario dar más protección a los autores y otros tenedores de derechos. En este trabajo no participamos de ese debate particular.

Muchos expertos advierten que es el tercer grupo, la sociedad en general es el que se ha visto tan o más afectado por la pérdida del equilibrio que las nuevas tecnologías han causado. Los avances tecnológicos, así como permiten hoy en día la copia indiscriminada y perfecta de los contenidos digitales, así como su inmediata comunicación a terceros, también permiten el control total de las copias por parte de los tenedores de derechos sobre las obras. Si esas medidas de control son técnicamente efectivas o no también es otro debate, pero la doctrina señala que para lo que son poco efectivas es para discernir entre usos legítimos y los que no lo son.

El control total a través de tecnología puede tener consecuencias negativas para el acceso legítimo a contenidos y por ende, para el interés general y para la protección de ciertos derechos fundamentales como el acceso a la cultura, la educación y la misma libertad de expresión.

Si bien se culpa a Internet y a las tecnologías digitales de causar el desequilibrio, esto no es nuevo, a lo largo de la historia siempre se ha culpado al avance tecnológico de turno de ser la causa. Entonces, nos preguntamos, ¿no será la misma legislación del derecho de autor la que ha causado la pérdida del equilibrio?

Se dice por un lado que la legislación no se ha adaptado bien a Internet y a las nuevas tecnologías, y esto ha causado una desprotección al autor y a los tenedores de los derechos. Por el otro, un análisis como el que hacemos en este trabajo, muestra que los distintos instrumentos legislativos, nacionales e internacionales, no protegen de manera adecuada al interés general y más

bien parece que se ve a las obras como meros bienes comerciales que se deben de proteger para que se puedan explotar al máximo.

Si dicha protección a la explotación de las obras no es la más adecuada no es el tema de esta tesis aunque no deja de ser algo por demás grave. Es nuestro parecer que el equilibrio efectivamente está roto y se decanta demasiado por proteger a los interesados en explotar los contenidos, más allá de los derechos de los mismos autores y los de la sociedad en general. Si además de que la protección a quien se considera más importante es calificada de poco efectiva, y encima la misma deja de lado derechos considerados de mayor categoría, la situación no es muy esperanzadora.

Pero habrá que preguntarse por qué la legislación es tan inadecuada. Creemos que bien puede ser porque los interesados en explotar los contenidos al máximo son tan influyentes que han logrado que el legislador ceda a sus necesidades, dejando las de terceros en un segundo plano, y ciertamente presentamos alguna evidencia de ello.

Creemos que el principal motivo, y que ha facilitado la influencia de los grupos antes descritos, es que el legislador actual o no entiende o se ha olvidado de cuál es la finalidad que se persigue al regular el derecho de autor. Como no se persigue la finalidad que debería, entonces da preeminencia a los intereses meramente económicos, y esto resulta en una protección deficiente para las demás partes.

Para saber si efectivamente el legislador se ha apartado de esta finalidad es necesario determinar cuál es. Para hacerlo, en nuestro primer capítulo analizamos Ley, jurisprudencia y doctrina que analiza la concepción y finalidad última del derecho de autor.

Utilizamos dichas fuentes para comparar los dos grandes sistemas del derecho de autor y la finalidad que dicen perseguir con la protección otorgada a autor y obra. Como representante del sistema del *Common Law* hemos elegido al Copyright norteamericano y al derecho de autor español

como representante del derecho continental. Todo esto sin perjuicio de que nos acerquemos a la legislación de terceros países en busca de mayor claridad.

Las dos legislaciones del derecho de autor elegidas son muy diferentes, no solamente por las tradiciones jurídicas de las que provienen, sino también por la concepción que tienen del derecho de autor y cuál debe de ser su finalidad, al margen por supuesto de las disposiciones específicas que siguen siendo muy diferentes, si bien tienden a la homologación a causa de los múltiples Tratados Internacionales que existen en la materia.

Estableciendo cuál es la finalidad última que busca el derecho de autor podremos determinar cuáles deben de ser sus prioridades y cuál es la mejor manera de procurar el equilibrio de intereses del que hablamos. Como no se puede aspirar a que dicho equilibrio sea perfecto, tener clara la finalidad permite escoger el camino más adecuado para dar protección a todas las partes.

El que el derecho de autor tenga características tanto morales como patrimoniales nos lleva a pensar que el mismo puede admitir una doble finalidad.

El derecho de autor puede buscar proteger al autor y su obra como una finalidad en sí misma, pues proteger la personalidad del autor permite también proteger ciertos derechos fundamentales (su libertad de expresión, su derecho al honor) y la protección de sus derechos económicos le incita a crear y a difundir su obra en busca del rédito que puede obtener de sus creaciones. En la protección de esos derechos económicos también entrará, como es natural, la protección a los legítimos tenedores de derechos exclusivos de explotación.

Al mismo tiempo, mediante el incentivo para crear y difundir sus creaciones, el derecho de autor puede procurar que la sociedad en general tenga acceso a las obras. Este acceso es de interés público pues con él se busca el avance de las artes y las ciencias en beneficio de toda la sociedad y también permite proteger ciertos derechos fundamentales de la colectividad, entre ellos la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el derecho a la educación.

Lo cierto es que, independientemente de si el autor tiene claro cuál es la finalidad de la legislación en la materia, el mismo reconoce la existencia de todos los grupos de intereses, y la necesidad de protegerlos, incluyendo por supuesto al interés general entre sus objetivos de protección. Otra cosa es que la legislación sea efectiva o que proteja desmedidamente a un grupo e inadecuadamente al resto.

Tanto en la legislación nacional como en Tratados Internacionales, la respuesta a la necesidad de protección del interés general son límites y excepciones al derecho de autor. Con ello se busca garantizar el acceso de los ciudadanos a las obras protegidas, pues se reconoce que hay que satisfacer determinadas necesidades de interés público.

Existen límites generales al derecho de autor. Suelen estar delimitados por el objeto de la protección (la legislación solamente otorga protección a aquellas creaciones que reúnen requisitos para ser consideradas como obras, excluyendo a ciertos elementos como ideas o conceptos) y por el plazo de la protección que es limitado en el tiempo respecto de los derechos de tipo económico y sobre algunos derechos morales que se limitan por carecer de sentido una vez fallecido el autor o porque su perpetuidad lesionaría el derecho de acceso a la cultura.

También existen limitaciones específicas al derecho de autor y que afectan solamente a los derechos de carácter patrimonial. A estas se les conoce como límites o excepciones al derecho exclusivo del autor. Suelen establecerse o bien como una lista cerrada de casos de libre utilización cuando se reúnen ciertos requisitos establecidos en la ley (fórmula típica del derecho continental), o como un criterio abierto, en donde si se cumplen ciertos requisitos en cada caso concreto, un uso no autorizado no será considerado como una infracción (cuyo ejemplo más conocido es el *fair use*, utilizado en el copyright).

El estudio de los límites es una parte central de esta tesis pues de ellos depende el asegurar la protección del interés público y de los derechos fundamentales, que es nuestra mayor preocupación, particularmente en el ámbito de la educación universitaria y la investigación.

Como para entender cuáles son esos límites al derecho de autor es necesario entender cuáles son los derechos que afectan, en el capítulo 2 nos dedicamos a explicar y delimitar el sujeto, objeto y contenido del derecho de autor. Sin duda, estos conceptos se han estudiado mejor y más a fondo en otros trabajos, muchos de los cuales citamos, pero aún así, nos parece necesario dedicar un capítulo a su estudio, y nos valemos de nuevo de Ley, jurisprudencia y doctrina para componer el contenido de dicho capítulo.

Especial atención merece el contenido del derecho de autor y el establecer la diferencia entre los derechos morales y los derechos exclusivos de explotación pues son estos últimos los que se ven afectados por los límites específicos que a su vez exigen que el beneficiario que se ampara en un límite para hacer una utilización libre respete el derecho moral del autor.

Siguiendo con nuestro argumento de que el legislador se ha olvidado de cuál es la finalidad del derecho de autor, o por lo menos la confunde o no la conoce con claridad, creemos que tener el único objetivo de proteger intereses económicos es lo que hace que los límites al derecho de autor parezcan más encaminados a no afectar a la explotación normal de las obras que a proteger el interés general o los derechos fundamentales.

Como se cree que la finalidad de la protección es meramente crear las condiciones para hacer dinero mediante la explotación de obras, las consideraciones que priman son las de carácter económico. Lo más importante es asegurar la protección de los derechos exclusivos, dejando un pequeño espacio para los usos libres a través de límites poco flexibles.

Por ello la redacción de los límites dentro de la legislación suele ser restrictiva en cuanto a qué usos se permiten, cómo se permiten y a quién se permiten, pues se busca afectar lo más mínimo



posible a los derechos patrimoniales. La interpretación y aplicación de dichos límites también es restrictiva lo cual resulta en una sobreprotección a los intereses económicos, incluso dejando de lado la protección de derechos de mayor jerarquía, como las libertades fundamentales.

La legislación internacional del derecho de autor, encabezada por el Convenio de Berna, reconoce que el interés general requiere de cierta protección y por ello ha establecido límites al derecho de autor, algunos de adopción obligatoria (como el límite de cita) y otros de adopción facultativa (como el de ilustración de la enseñanza). Aunque desde dicho Convenio solo se afectaba al derecho exclusivo de reproducción, con la adopción de otros Tratados Internacionales los límites se han ampliado para afectar otras modalidades de explotación, particularmente la comunicación pública, la distribución y la transformación.

A nivel europeo, el Convenio de Berna y otros instrumentos internacionales, destacando el Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor, propiciaron la entrada en vigor de la Directiva 2001/29/CE conocida como Directiva Infosoc o de la Sociedad de la Información. Su objetivo es preparar a los países europeos para enfrentar el reto que supone la protección del derecho de autor en Internet y armonizar la legislación en la materia entre los miembros de la Unión Europea para así poder garantizar una protección homogénea dentro del mercado único. La misma Directiva contiene límites de adopción obligatoria y una lista exhaustiva de límites de adopción facultativa, a partir de la cual los Estados miembros pueden adoptar o modificar límites específicos en sus legislaciones nacionales.

Así lo hizo España que modificó la Ley de Propiedad Intelectual en 2006 para cumplir con la Directiva Europea y decidió adoptar algunos límites nuevos como el de ilustración de la enseñanza, e intentar, discutimos que en realidad lo haya hecho, adecuar otros como el de cita, ya presente en la legislación antes de la entrada en vigor de la Directiva. Tan poco ha tenido en esta misión que las reformas que vienen en 2015 buscan en parte mejorar la pobre redacción de dichos límites.

En el capítulo 3 comparamos los límites contenidos en los Tratados Internacionales más relevantes, en las Directivas Europeas más importantes (no solo la Directiva Infosoc, pues incluso analizamos otras que no se armonizarán sino hasta la reforma de 2015) y en la LPI española.

Pretendemos que la comparación nos permita hacer un análisis cuantitativo, evidenciando qué límites se han establecido en la legislación internacional, la europea y la nacional, pudiendo determinar entonces qué legislación es la que más usos amparados en los mismos ofrece. Con esto buscamos comprobar que España es más restrictiva en cuanto a los límites que ofrece que dichas legislaciones internacionales y que por lo tanto adoptar más límites sería posible.

Hacemos un breve análisis cualitativo que también nos permite sacar conclusiones sobre quién ha sido más restrictivo en la redacción de los límites y lo que los mismos permiten, buscando probar que el legislador español ha sido más restrictivo que sus contrapartes europeos e internacionales. Con esto también probaremos que adoptar límites más flexibles es posible.

Aunque dicho análisis sea breve, permite sacar conclusiones y sobre todo reunir en un mismo trabajo, todos los límites contenidos en los principales instrumentos internacionales, europeos y legislación española. Para hacer una mejor comparación entre los mismos nos valemos de tablas y gráficos que se encuentran en el mencionado capítulo 3.

El motivo por el cual nuestro análisis cualitativo de todos los límites no es muy extenso es porque hemos considerado que, tal y como lo evidencia el Convenio de Berna, entre los límites a los derechos exclusivos más importantes están los de cita y de ilustración de la enseñanza. El primero por su relación directa con la libertad de expresión y el acceso a la cultura, y el último por su relación directa con el derecho a la educación, pero también por su importancia para los ya mencionados acceso a la cultural y libertad de expresión, pues creemos que los ámbitos educativo a cualquier nivel y académico, son los más propicios para el desarrollo y ejercicio de estos derechos en nuestra sociedad. Ello sin perjuicio de que la evidente importancia del límite de cita en las

actividades educativas a todos los niveles y en la investigación, mención particular a la universitaria. Además, como veremos, ambos límites pueden complementarse entre sí.

Creemos que un análisis más profundo de los límites de cita y de ilustración de la enseñanza, particularmente en el ámbito universitario y de la investigación académica, permitirá sacar conclusiones respecto del estado de todos los límites en general y de si el interés general y las libertades fundamentales están adecuadamente protegidos. Este análisis lo hacemos en el capítulo 4.

Analizamos con profundidad estos límites según aparecen en el Convenio de Berna, la Directiva Infosoc y la LPI española, comparándolos con otros ordenamientos jurídicos cuando es pertinente y valiéndonos por supuesto de doctrina y jurisprudencia para hacer nuestro análisis.

Comenzamos con el de cita y continuamos con el de ilustración de la enseñanza, apuntando sus virtudes pero señalando también los problemas que surgen a causa de la redacción e interpretación restrictiva de los mismos.

El mismo capítulo 4 contiene el análisis de un caso práctico, en el que se muestra qué problemas encuentra una iniciativa educativa universitaria que utiliza contenidos de terceros, al intentar ampararse tanto en el límite de cita como en el de ilustración de la enseñanza. Ofrecemos conclusiones sobre qué límite, en su redacción actual, ofrece mayores garantías al usuario a la hora de intentar utilizar contenidos protegidos para sus actividades educativas o académicas y qué limitaciones, valga la redundancia, afronta el profesor o el alumno al elegir uno u otro límite.

Como pensamos que en la legislación española es en donde los límites son más restrictivos, y por motivos obvios el ordenamiento nacional español es de especial interés para este trabajo, hacemos propuestas de *lege ferenda* que recaen sobre dichos límites, según aparecen en el art. 32 de la LPI española vigente en la actualidad. Ofrecemos las razones por las cuales creemos que las reformas presentadas mejorarían la protección de los intereses de la colectividad y que redundarían en beneficios para la protección de los derechos fundamentales ya mencionados, contribuyendo así a

mejorar el equilibrio entre los intereses de las distintas partes. Dichas propuestas de *lege ferenda* no aparece sino hasta el capítulo 5 por las razones que a continuación exponemos.

Un análisis completo de la legislación internacional, europea y local también requiere de analizar otras disposiciones jurídicas que son de suma importancia para el sistema de límites a los derechos exclusivos: la regla de los tres pasos y la regulación de las medidas tecnológicas de protección de obras en formatos digitales.

A nivel de los Tratados Internacionales, la regla de los tres pasos es una disposición encaminada a restringir el accionar del legislador nacional quien deberá de cumplir con los tres pasos o pruebas contenidos dentro de la regla para poder adoptar un límite a los derechos exclusivos en su legislación nacional.

A nivel europeo y doméstico, la regla de los tres pasos parece tener dos funciones, si bien existe debate. Una es esa “función internacional” de restringir el actuar del legislador, y la otra es servir como un criterio para jueces y tribunales a la hora de aplicar límites a los derechos exclusivos previstos en sus legislaciones, a casos específicos.

Como se verá, el hecho de que sus criterios sean mayormente de carácter económico nos apunta a que la regla es producto de esa pérdida de rumbo del derecho de autor. Dos de los tres pasos siguen criterios que buscan valorar la afectación patrimonial que un límite puede causar al autor; solo un criterio, el tercero, está pensado para valorar justificaciones de interés público. Esto, para nosotros, es un indicador de que, más que nada, se ve a la protección a las obras como un medio para asegurar su explotación y la obtención del mayor rédito posible.

En el capítulo 5 analizamos dicha regla de los tres pasos y también la regulación de las llamadas medidas de protección tecnológica, encaminadas a otorgar al tenedor de los derechos un control sobre obras en formato digital que les permita impedir actos de explotación no autorizados sobre las mismas.

La normatividad que regula a las medidas de protección, tanto a nivel internacional como nacional, también es evidencia de que el derecho de autor moderno da más importancia a cuestiones patrimoniales y prácticamente ignora cualquier otro interés.

Como se verá, la forma en que se ha elegido regular a las medidas tecnológicas pone en serio peligro la validez misma de los límites al derecho de autor, ya que se deja al tenedor de los derechos la posibilidad de decidir sobre toda utilización de la obra protegida, aún si se trata de un uso legítimo que responde a una necesidad de interés público.

Uno de los peligros más grandes es el hecho de que la legislación deja abierta la posibilidad a que los titulares de derechos condicionen el acceso a las obras a contratos unilaterales (los llamados términos de usuario) que establecen quién y cómo pueden utilizarse obras digitales puestas a disposición online, efectivamente supeditando la existencia de los límites a los derechos exclusivos a lo dispuesto en este tipo de contratos.

Como en Internet los contenidos protegidos son consumidos cada vez más a través de plataformas bajo demanda (de vídeo, de música o de libros por ejemplo), la influencia de los contratos unilaterales va en aumento a la par con el peligro para el acceso legítimo de usuarios amparados en límites, dejando al tenedor de los derechos decidir si permite dichos accesos o no. La combinación de medidas de protección y contratos unilaterales puede ser fatal para los límites al derecho de autor y la libre utilización de obras que amparan.

Si antes decíamos que los límites al derecho de autor son evidencia de que el legislador no se ha olvidado por completo de los intereses de la colectividad, por más imperfectos que dichos límites puedan ser, la regulación e interpretación de la regla de los tres pasos y de las medidas de protección tecnológica nos parecen evidencia aún más contundente de que el legislador ha claudicado a los intereses económicos, y con un afán de sobreproteger a las obras en formato digital y distribuidas a

través de Internet, se ha olvidado por completo de que existen otros intereses en juego, aún si estos son de mayor categoría que cualquier prestación económica.

En el capítulo 5 analizamos propuestas para mejorar la regulación de las medidas de protección tecnológica, entre ellas voces que abogan por deshacerse por completo de esta regulación.

Nuestras propuestas de *lege ferenda* se presentan en el capítulo 5 pues es necesario que las mismas tomen en cuenta a la regla de los tres pasos pues de lo contrario no podrían adoptarse. Irremediablemente, cualquier propuesta sobre límites que presentemos, se verá afectada por lo dispuesto respecto de las medidas tecnológicas, salvo que dicha regulación también sea modificada.

Creemos, sin embargo, que a pesar de las limitaciones sobre las reformas que podemos acometer, nuestra propuesta puede servir para mejorar, por lo menos para aliviar, la situación y permitir límites de cita e ilustración de la enseñanza más flexibles dentro de lo que permite el marco legislativo vigente, y de esa manera tener un impacto positivo en el acceso y uso de contenidos con finalidades educativas y de investigación, buscando además un impacto positivo en la libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

Sin embargo, como argumentamos en el capítulo 6, nuestras propuestas de modificación legislativa no tendrán el impacto suficiente ya que la regla de los tres pasos impide cambios más profundos a la legislación. Por ello hemos decidido estudiar otras propuestas, más ambiciosas, encaminadas a mejorar la situación. Cualquier mejora a la regulación de los límites que aparezca en la nueva Ley de Propiedad Intelectual española de 2015 se verá limitada de la misma forma.

En nuestro sexto y último capítulo analizamos si una reforma de la regla de los tres pasos que le permita convertirse en un instrumento de mayor flexibilidad sería posible y si adoptar en el sistema continental algo parecido a la doctrina del *fair use* norteamericano, bien directamente o bien a través de una reinterpretación de la regla de los tres pasos, realmente podría ser una solución o solo parte del problema.

Sin embargo modificar la regla de los tres pasos, o deshacerse de la misma, así como eliminar la regulación de las medidas de protección tecnológica, no resultaría nada sencillo pues ambas provienen de Tratados Internacionales y es bien sabido lo difícil y largo que resulta poder modificar un instrumento de esa índole. En ese sentido, centrar los esfuerzos en este tipo de cambios no rendirá frutos al corto plazo. Como de momento no es posible determinar cuál es la mejor solución, incluso una reforma al largo plazo podría traer resultados inciertos.

Analizamos otras opciones, como las licencias *Creative Commons*, resaltando sus virtudes, que son muchas, pero valorando si en realidad no son un simple parche más que una verdadera solución.

Finalmente, analizamos otro tipo de propuestas, que más que centrarse en proponer reformas al sistema de límites a los derechos exclusivos, proponen modificaciones a la ley que den como resultado un fortalecimiento del dominio público.

Algunas de ellas proponen reducir los plazos de protección a los derechos otorgados a autores y tenedores de derechos. Analizamos las propuestas más relevantes en este sentido, intentando demostrar que son viables sin lesionar al derecho moral del autor.

Otras iniciativas proponen reintroducir formalidades como condición que de origen a la protección, entre las que destacan las propuestas *opt in* que implican invocar a la protección, o la exigencia de un registro de obras, que requiere de renovación para continuar con la protección. También buscamos demostrar que algunas de estas son viables sin que esto suponga una desprotección de los derechos morales del autor.

Sin embargo, de nuevo nos encontramos con el problema de que estas iniciativas solo podrían adoptarse si se modifican las disposiciones del Convenio de Berna y otros Tratados Internacionales, por lo que también se trata de una meta a largo plazo. Además, el verdadero beneficio de algunas de estas propuestas es aún incierto pues no se han estudiado lo suficiente.

Por ello, como pensamos que propuesta como la nuestra de *lege ferenda* no tendrían impacto suficiente, o las que podrían tenerlo tardarían demasiado tiempo en llegar, proponemos otra solución que también pasa por el fortalecimiento del dominio público, pero no a través de la reforma de la legislación del derecho de autor, sino por medio de la protección jurídica a dicho dominio público.

Hablamos de establecer un Derecho del Dominio Público que sirva para alcanzar un equilibrio entre los intereses junto con el Derecho de autor.

Una legislación que proteja al dominio público serviría de contrapunto ante la expansión desmedida de los derechos económicos otorgados al autor y otros tenedores de derechos. Además, serviría para suplir carencias del sistema de límites al derecho de autor, que hoy por hoy parece difícil de modificar de manera relevante.

Como una legislación del dominio público daría protección a lo que se encuentra fuera del ámbito del derecho de autor, los Tratados Internacionales no serían un impedimento para establecer las medidas legales de las que hablamos.

Una ley reguladora posibilitaría una definición positiva de lo que es el dominio público y contribuiría a darle mayor valor a lo que se encuentra dentro de su ámbito, pues a día de hoy dominio público simplemente es entendido como aquello que está fuera de la protección del derecho de autor.

Definir el objeto del dominio público permitirá distinguirlo con claridad del objeto del derecho de autor, incluso cuando ambos se combinan en obras derivadas, asegurando así el acceso libre a lo que no está protegido por la legislación de protección al autor. Esto también permitiría que el Estado proteja al objeto del dominio público frente a apropiaciones indebidas.

En este trabajo ofrecemos una posible definición jurídica del dominio público y determinamos quiénes podrían ser considerados como los sujetos, cuál el objeto y cuál el contenido de una legislación en la materia.



Un Derecho del Dominio Público, cuya finalidad es proteger al interés general y a las libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información, a la cultura y a la educación procurando que tengan un espacio pleno para su desarrollo, puede ser una extraordinaria herramienta para contrarrestar los daños que resultan de una legislación del derecho de autor que parece estar motivada por la simple protección de derechos económicos y del mercado, que sin duda se ha apartado de sus objetivos y que ha dejado de lado al interés general.

### **Hipótesis.**

Nuestra hipótesis es que el derecho de autor se ha olvidado de cuál es su finalidad y por ello protege de manera desmedida intereses económicos, expandiendo de manera constante el plazo y objeto de protección de la legislación, llegando incluso a otorgar control total al tenedor de los derechos sobre cualquier utilización de una obra, independientemente de si existen límites a los derechos exclusivos o no. Así, el equilibrio entre la protección al autor, a los intereses económicos y a la sociedad en su conjunto ha desaparecido, y esto es a causa de la deficiente legislación en la materia, que ha perdido el rumbo.

Un análisis de los límites a los derechos exclusivos, particularmente los de cita e ilustración de la enseñanza, íntimamente relacionados con la protección de la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el derecho a la educación; permitirá darse cuenta que el legislador considera que la protección de aspectos económicos es lo más importante.

Disposiciones como la regla de los tres pasos, la regulación de las medidas de protección tecnológica de contenidos en formato digital acentúan que el legislador está más preocupado por proteger intereses económicos que derechos de mayor jerarquía como las libertades fundamentales.

Una solución al problema podría ser modificar la legislación que establece los límites a los derechos exclusivos, procurando que estos sean más flexibles y permitan la mayor cantidad posible

de utilizaciones libres en beneficio del interés general, sin afectar injustificadamente a los derechos del autor y otros terceros.

A día de hoy, debido a la regla de los tres pasos, dichas reformas no pueden ser tan ambiciosas como se necesita y carecen de sentido si no se soluciona la problemática causada por las medidas de protección tecnológica y los contratos unilaterales que otorgan tal control al tenedor de los derechos sobre obras digitales puestas a disposición online que en la práctica les permiten ignorar la existencia de límites a los derechos exclusivos.

Como modificar la regla de los tres pasos o la regulación de medidas tecnológicas requiere cambios a los Tratados Internacionales, esta no es una solución a corto plazo. La modificación de dichos tratados implica grandes esfuerzos y puede tomar incluso décadas. Creemos que es mejor buscar alternativas y entre las más prometedoras están aquellas que abogan por un fortalecimiento del dominio público.

Específicamente, creemos que una legislación que regule al dominio público permitiría definirlo positivamente y posibilitaría la protección activa de derechos de libre acceso y libre utilización de obras que estén protegidas dentro de su ámbito. Una definición de su objeto permitirá la protección de lo que esté dentro de su ámbito, incluso cuando conviva con obras protegidas por el derecho de autor dentro de una obra derivada.

La legislación del dominio público, y lo que se protege a través de la misma, serviría de contrapunto a la continua expansión y sobreprotección de los derechos exclusivos, restaurando por lo menos parte del equilibrio perdido y ayudando a suplir las carencias de un sistema de límites al derecho de autor demasiado restrictivo.

### **Metodología.**

La metodología utilizada para elaborar la presente tesis y hacer el análisis contenido en sus capítulos arriba descritos ha sido el estudio de la legislación del derecho de autor a nivel de Tratados

Internacionales, mención especial al Convenio de Berna, Directivas Europeas, particularmente la Directiva 2001/29/CE y legislaciones nacionales como la Ley de Propiedad Intelectual española y otras como la legislación del copyright norteamericano, entre otras legislaciones de otros países que nos permiten hacer ejercicios de derecho comparado. Por supuesto dicho análisis se hace estudiando la jurisprudencia pertinente y tomando en cuenta la doctrina más relevante y reciente.

Nos centramos en los límites al derecho de autor, particularmente los de cita e ilustración de la enseñanza, comparando Tratados Internacionales, Directivas Europeas y legislación local. Del mismo modo analizamos disposiciones relativas a la regla de los tres pasos y la regulación de las medidas tecnológicas de protección. La jurisprudencia en la materia resulta indispensable para nuestro análisis y en ocasiones es la parte central del mismo, pues permite entender cómo se interpreta y aplica la legislación vigente. La doctrina en la materia es minuciosamente analizada, dando particular atención a trabajos académicos extranjeros que puedan aportar cosas nuevas al debate, sin olvidarnos por supuesto del autor nacional que muchas veces es fundamental para entender adecuadamente los conceptos. Entre los autores internacionales debemos destacar a aquellos que centran su atención en el análisis de la regla de los tres pasos y en la doctrina que propone soluciones alternativas a los problemas que planteamos en nuestro trabajo.

Nos valemos de ilustraciones, tablas y gráficas que nos ayudan a explicar mejor lo que pretendemos plantear. También estudiamos un caso práctico, consistente en un análisis de cómo las disposiciones vigentes respecto de los límites de cita e ilustración de la enseñanza afecta a una iniciativa para enseñar Ética, Periodismo y Derecho en la Universidad Complutense a través de canales de vídeo bajo demanda y que utilizan fragmentos de contenidos protegidos. El estudio del caso práctico permite ilustrar con solvencia el problema actual con los límites al derecho de autor, especialmente los de cita e ilustración de la enseñanza.



## **Capítulo 1. La finalidad del derecho de autor.**

### **1.1 Uso del término “derecho de autor.”**

Como se verá a lo largo de este trabajo, preferimos utilizar el término “derecho de autor” en vez de “propiedad intelectual” a pesar del nombre que da la legislación española. Entre otros motivos, esto es porque tenemos una postura crítica sobre la concepción del derecho de autor como un derecho de propiedad.

En España, se ha llegado a considerar a ambos términos como sinónimos, aunque la tendencia internacional, en los últimos años, es considerar al derecho de autor como una de las ramas de la propiedad intelectual, siendo la propiedad industrial la otra rama (WIPO, 2004).

Utilizando el derecho comparado, observamos que en otros países de tradición codificadora, como México, Alemania, Italia, Portugal o Francia, la tendencia es utilizar únicamente el término “derecho de autor” para referirse a estos derechos. Al menos en tiempos recientes, ambos conceptos no se suelen identificar.

“Los países de Iberoamérica... siguiendo el ejemplo español y francés, adoptaban para sus leyes (la denominación “propiedad intelectual”), la sustituyen actualmente por la de “derecho de autor”, como es el caso de México, Perú, Venezuela, Ecuador, Argentina y Colombia” (Bondía Román, 1988:159).

Otros autores consideran que la denominación “propiedad intelectual” es equívoca frente a la denominación “derecho de autor”. Álvarez Romero (1979: 72) dice que “refiriéndose concretamente a esta materia, la aceptación de una denominación incorrecta puede forzar a que se apliquen por analogía, las reglas relativas a otras instituciones jurídicas que le sean contrarias.”

Para Desantes (1998:69), la denominación “propiedad intelectual” es equívoca frente a la denominación “derecho de autor”, y, a nivel doctrinal, esto tiene implicaciones en cuanto a que se

afirma al derecho de autor como un derecho de los creadores y no como un simple derecho de dominio.

Lo antes expuesto nos hace decantarnos por el término “derecho de autor” pues creemos que es el más adecuado. Si llamamos al derecho de autor “copyright” en varias ocasiones, es porque nos referimos al sistema utilizado en el Derecho anglosajón, particularmente en el Derecho de los Estados Unidos.

## **1.2 El equilibrio en la protección que otorga el derecho de autor**

En el campo del derecho de autor, mucho se habla de la necesidad de que exista un equilibrio legislativo que haga posible atender a las necesidades e intereses de colectivos diferentes.

Esta es una cuestión fundamental. En el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece por un lado el derecho de las personas a tener acceso a la cultura y a las creaciones artísticas y científicas de su comunidad y por el otro, el derecho de los autores a la protección de sus creadores.

La búsqueda de este equilibrio no es un tema reciente. Se remonta a las primeras regulaciones en materia de derecho de autor.

Desde el Estatuto de la Reina Ana, considerado como la primera legislación del derecho de autor, y que data de 1770, ya existía el debate:

“... (el) interés público implícito en la propiedad intelectual con muy diferentes ramificaciones que iban desde la crítica de la mercantilización del arte hasta la censura del carácter inevitablemente monopolista de la producción editorial. Las constituciones burguesas sancionaron la necesidad de salvaguardar el interés público al vincularlo explícitamente a la función difusora de los editores y al incentivo a la creatividad que supone la remuneración del autor” (Rendueles, 2003: 4).

En España, López Quiroga (1918: 134) escribía sobre la necesidad de un equilibrio en el que pueda existir un plazo de protección adecuado para beneficiar al autor y a su familia pero que además permita a la sociedad beneficiarse de la obra sin que injerencias personales o de mercado puedan impedirlo:

“De un lado, el autor no debe perder el fruto de su esfuerzo y la recompensa de sus sacrificios, y es justo que pueda explotar su obra y pueda transmitirla, puesto que es un derecho que está en su patrimonio; pero por otro, la sociedad tiene interés en que se perpetúe la obra, y limitando el ejercicio de dicha transmisión, se propone que un sucesor no pueda por negligencia, ignorancia o mala intención, impedir la propaganda de las ideas útiles y transmitirlas a la posteridad.”

Desde el principio el debate tiene tres aristas. Una de ellas son los autores, creadores de obras del intelecto. A su lado, pero no en el mismo grupo, están los terceros que se benefician de la explotación de los contenidos creados por los autores. La tercera arista es la del interés general que requiere del acceso a la cultura y a la ciencia. Como beneficiarios de dicho intereses general debemos de considerar a todos los ciudadanos y también al mismo Estado puesto que el bien común y la defensa de los derechos fundamentales están entre sus finalidades.



Ilustración 1.1 (Fuente: elaboración propia)

Si estuviéramos en posibilidad de afirmar que dicho equilibrio existe, entonces podríamos afirmar también que tanto el fin de compensar y proteger al autor como el de beneficiar a la sociedad coexisten e incluso se complementan.

La doctrina muestra su preocupación ante la falta actual de equilibrio, exacerbado por las nuevas tecnologías: “debido al desarrollo de las redes de información y autopistas digitales... es preciso lograr un equilibrio entre la protección de los intereses morales y materiales derivados de la producción científica, literaria y artística, y los del público” (Symonides, 2005: 62).

En realidad, parece que la tecnología ha alterado el equilibrio desde el comienzo. Recordemos que la imprenta fue el gran avance de su tiempo y fue lo que eventualmente propició la aparición de la legislación del derecho de autor:

“(son) las nuevas tecnologías las que parecen haber roto el delicado balance entre los autores, los usuarios y la industria, existente desde la aparición de la imprenta y mantenido por el derecho de propiedad intelectual hasta la actualidad... Una revisión de la jurisprudencia comparada nos permite concluir que ello no es cierto. El continuo enfrentamiento entre los titulares de los derechos de autor y los nuevos desarrollos tecnológicos no es un tema nuevo” (Rodríguez Lobatón y Montezuma Panez, 2004:137).

La necesidad de encontrar un balance entre los intereses de las distintas partes siempre ha existido y la tensión entre las mismas también. Al fin y al cabo, los intereses encontrados forman parte del derecho y parece ser que desde el principio, la tecnología ha afectado a dicho equilibrio.

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de principios del Siglo XX, *White-Smith Music Publishing v. Apollo* (1908). Según la resolución, los fabricantes de los rollos de papel perforado para pianolas, que permiten la reproducción automática de piezas musicales, no tienen que pagar regalías a los compositores de dichas piezas. El argumento del máximo tribunal estadounidense basó su argumento en que los rollos de papel no eran copias de las partituras musicales de los demandantes, sino que eran partes de una máquina utilizada para reproducir música.

Un año después, los legisladores estadounidenses establecieron en la Ley de Copyright de 1909 una licencia obligatoria a través de la cual los responsables de la fabricación y distribución de las reproducciones mecánicas de obras musicales podían transformar las obras a cambio del pago de una cantidad establecida por ley y sin necesidad del consentimiento por parte del tenedor de los derechos.

No es difícil hacer un símil del caso de la pianola con el del audio cassette, con el del CD o con medios de distribución de música online en cuanto al control de la reproducción mecánica de



obras musicales. De hecho, la sentencia sigue siendo relevante, pues con ella se explica la diferencia que se hace en la legislación de copyright vigente en Estados Unidos entre “copias” y “grabaciones fonográficas” (Joyce *et al.*, 2006: 65).

La tensión entre intereses siempre ha estado ahí, y el equilibrio siempre se ha puesto a prueba con los avances tecnológicos, de la imprenta a Internet, y probablemente continuará con lo que venga en el futuro.

En lugar de preguntarnos si ha sido Internet el que ha desequilibrado la balanza por completo, tal vez deberíamos preguntarnos si no son las normas que han querido regular al derecho de autor en Internet las que han venido a desequilibrar por completo la balanza en favor de los titulares de los derechos con disposiciones como la regla de los tres pasos o la regulación de las medidas tecnológicas de protección, que analizaremos en capítulos siguientes.

¿Qué es lo que puede pasar cuando el equilibrio de intereses se rompe?

Puede ser que se dé de tanta preeminencia a los autores y la protección de sus derechos que se olvide o por lo menos se entorpezca severamente el acceso del público a los bienes culturales.

De ser así, los ciudadanos ya no percibirían los beneficios de las obras creadas o por lo menos, los colectivos menos favorecidos no podrían tener acceso a los contenidos y por lo tanto una gran parte de la sociedad resultaría perjudicada. Los intereses de la industria aún estarían a salvo, excepto que hubiera una protección desmedida al derecho moral del autor (por ejemplo al de la integridad de la obra) de tal forma que se entorpeciera la comercialización de las obras.

En cambio, si lo que sucede es que se confunde la protección del interés general con la falta de respeto o la anulación efectiva del derecho de autor, terminaríamos por hacer de las creaciones algo inviable económicamente y que no daría motivos para la creación o por lo menos dificultaría en exceso la aparición de obras nuevas. Compensar adecuadamente al autor es fundamental para asegurar la actividad creativa en la sociedad.

Cuando el equilibrio se traduce en una falta de protección al autor:

“... (Se) puede desamparar a los autores y <<generadores>> de información. La inmediata consecuencia podría ser el debilitamiento del mismo derecho de autor y, por ende, del derecho a la información, que requiere de la fuente creativa para que no se seque el flujo libre de la información, el cual tiene sus consiguientes efectos en otros derechos fundamentales y en la misma democracia” (García Sanz, 2005:108).

Para Pérez-Gómez Tétré (2007:7):

“La ley debe esforzarse en crear un sistema de protección que maximice el bienestar general tanto del autor como del consumidor, después de haber deducido los costos sociales de creación de la obra y de la puesta en marcha del régimen de protección al derecho de autor.”

Si se da prioridad al mantenimiento y expansión del modelo económico por encima de cualquier cosa, podemos apejar los intereses de la sociedad en su conjunto, pero también podemos terminar por dejar fuera los intereses de los autores. En ocasiones, la protección exagerada de las empresas dedicadas a la explotación de contenidos puede debilitar la protección al autor, por ejemplo, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que el derecho moral o no se protege o se protege débilmente. Más adelante analizamos las consecuencias de la poca protección al derecho moral del autor en el derecho norteamericano.

Tratar de impedir o incluso criminalizar “cualquier práctica de consumo cultural que no tenga réditos económicos inmediatos” para que quienes solo buscan el lucro con la explotación de obras sigan beneficiándose al máximo puede llevar a una dinámica que “arrastraría no solo a los intereses económicos tomados como único objetivo relevante, sino también al resto de los valores derivados de la creación...” (Pestano Rodríguez, 2006: 11).

Sin un equilibrio de intereses adecuado los primeros afectados serán los miembros de la sociedad en general que también incluye a los autores y a los terceros que viven de explotar sus contenidos.

Que la balanza se incline por completo hacia alguna de las tres aristas que hemos mencionado, autores, empresas, o interés general, es indeseable. Como se ha expuesto, puede ser desastroso para el bien común.

Es especialmente peligroso que la balanza se incline solo en favor de las industrias que explotan contenidos:

“la esencia de la legislación de derechos de autor debe concentrarse en generar un verdadero equilibrio entre los intereses del autor, del empresario y del usuario; de lo contrario y como la tendencia que prima en la actualidad es la de implantar un régimen común en esta materia, con disposiciones que más bien velan por los intereses de las grandes empresas transnacionales y de los países poderosos, los creadores dejarán de producir y de trabajar su intelecto, y la cultura, en general, será cada vez más elitista y esquiva para los usuarios.” (Rodríguez Ruíz, 2007: 8).

Si la sociedad no tiene acceso a las obras creadas, eventualmente se llegará a una situación de empobrecimiento generalizado en el conocimiento y la cultura. Por lo tanto, la creación de nuevas obras sufriría con el paso del tiempo. Asumimos que las industrias que explotan contenidos saben que sin creaciones nuevas su modelo de negocio sufriría bastante más de lo que sufre en la actualidad según ellas mismas se quejan.

Thom Yorke, líder de la banda de rock Radiohead, expresa que iniciativas de la industria como Spotify (a la que compara con el “respiro final de un ser moribundo”), no se interesan por las obras nuevas ni en compensar debidamente a los creadores de estas. Las disqueras ven en la plataforma de distribución de música a través del *streaming* online como un esfuerzo más para obtener ingresos a costa de su catálogo histórico sin asumir mucho riesgo e inversión, pero al mismo tiempo sin revertir beneficios significativos para los artistas. Ver la entrevista a Yorke en Rulo (2013). Sus ideas respecto a la industria pueden leerse a detalle en JNSP (2013).

Toda creación original, producto del intelecto, se nutre de las obras que forman parte de nuestra cultura desde antes de su creación. A su vez, servirán para nutrir a las obras que se creen en el futuro.

A día de hoy no es posible hablar de una balanza equilibrada. Tampoco se puede pretender perseguir la utopía de un equilibrio total. Siempre se dará el caso de que un lado de la balanza pesará más que el otro.

Aunque existe la impresión de que Internet y las nuevas tecnologías han destrozado el equilibrio de un puñetazo, en realidad ese balance nunca se ha dado. Analizar la historia del derecho de autor demuestra que la tensión entre distintos intereses siempre ha existido aunque tampoco se puede discutir que en la actualidad, la falta de equilibrio parece más acusada que nunca.

Habría que preguntarse ¿Ha perdido el derecho de autor el rumbo? ¿Hacia dónde debe dirigirse? Si no puede haber un equilibrio total ¿qué sujeto o sujetos deben de gozar del mayor beneficio? ¿Hacia dónde debe dirigir la Ley la mayoría de sus beneficios? De ahí que debamos preguntarnos para qué existe el derecho de autor y cuál debe de ser su finalidad.

¿Se puede afirmar que la finalidad buscada al dar protección al autor otorgándole derechos exclusivos sobre su obra es únicamente compensarle justamente por su creación de tal forma que tenga el incentivo suficiente para seguir creando?

¿Es el derecho de autor un derecho natural perteneciente al autor? ¿Está atado a su personalidad?

¿Se protege al autor porque tiene un derecho fundamental a que los intereses sobre su obra sean protegidos? ¿Se busca con esto la libertad de creación para proteger su libertad de expresión? ¿Se protege este derecho fundamental porque así se protegen los derechos de la personalidad del autor? ¿Esta protección solo encuentra su límite en el ejercicio de otros derechos fundamentales?

¿Si existen excepciones al derecho de autor, es porque son simples impuestos o cargas con el objetivo de beneficiar a la sociedad en general?

¿O es acaso que el derecho de autor busca incentivar la creación pero únicamente con miras a realizar un fin mayor, en cuanto a que se beneficia a la mayoría, al colectivo de la sociedad

considerada en su conjunto? ¿La Ley protege y compensa al autor pero con la finalidad de que las creaciones fruto de ese incentivo contribuyan al desarrollo de las artes y las ciencias en beneficio de toda la sociedad?

Entonces, ¿podemos decir que el derecho otorgado a los autores es un dominio temporal para que el mismo (o quien invierte en él) pueda recuperar su inversión?

En otras palabras, ¿Es el fin de estos derechos proteger a los autores para que como consecuencia de esto, se dediquen a crear y esto de como resultado el enriquecimiento de la cultura, las artes y la ciencia? ¿Si se establecen límites a estos derechos es por causas de utilidad pública, como se limita la propiedad tradicional?

O, en cambio, ¿estos derechos buscan enriquecer a nuestra cultura, ciencia y artes y por ello conceden un derecho a los autores que desde un principio debe entenderse limitado en su duración y en cuanto a la cantidad, duración y forma en que se protege?

¿O es que acaso el derecho de autor debería centrarse solamente en proteger a las industrias que basan su modelo económico en la explotación de las artes y las ciencias? Si es así, ¿simplemente se mantienen excepciones a los derechos de explotación para no olvidarse completamente del interés público?

Esta tercera opción quizás sea irse a un extremo y podríamos descartarla de antemano, pero las dos primeras nos darían la idea de que se trata de dos caras de la misma moneda. Sin embargo, a la hora de buscar una brújula que oriente y nos indique el camino hacia un equilibrio, por imperfecto que sea, el dar más valor a un fin o al otro, pasa a ser fundamental, sobre todo si nuestro ideal es ser lo más justos posible.

Podemos encontrar, entre el sistema del Copyright anglosajón, seguido en países como Estados Unidos o Inglaterra y el sistema del *droit d'auteur* que se sigue por ejemplo en los países latinoamericanos, como México o en la Europa Continental, tal es el caso de España, Italia, Francia o

Alemania, marcadas diferencias en la concepción del derecho de autor y de la finalidad que este debe perseguir.

No basta con comparar legislaciones nacionales y con mirar a la legislación comunitaria o internacional en la materia para encontrar las verdaderas diferencias tanto en el origen como en la interpretación del derecho de autor en uno u otro sistema.

En las últimas décadas, ambos sistemas, copyright y el los derechos de autor (por llamarles de dos formas claras y precisas), se han ido acercando cada vez más en cuanto a la protección de los derechos de explotación, pero no necesariamente en cuanto a cómo se entiende el derecho de autor o cuál debe de ser su función, además de la marcada diferencia entre la protección a los derechos morales otorgada en uno u otro sistema.

Hoy en día, Tratados Internacionales como el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (que en adelante llamaremos simplemente Convenio de Berna), sirven para homogeneizar en cierta medida lo que las legislaciones de uno u otro sistema disponen, estableciendo además limitaciones respecto de las medidas específicas en la materia que los países pueden o no adoptar.

Por ejemplo, los países miembros del citado Convenio han procurado homologar el término de protección de los derechos de explotación, y en todos ellos se protegen durante toda la vida del autor y cincuenta años o más después de su muerte. La mayoría de los países oscilan en torno a los setenta años después del autor, si bien en algunos casos pueden ser incluso más.

Como veremos más adelante, la influencia política que algunos países, con grandes industrias de creación de contenidos, utilizan la política internacional y el *lobbying* para imponer criterios homologados en las legislaciones para beneficiar a determinados grupos.

Es necesario mirar un poco más allá, ir a las ideas que están detrás de la adopción de un determinado sistema de protección al derecho de autor y de las medidas concretas que sirven para

dicha protección. Debemos atender, según el sistema del que se trate, a cuál es la finalidad perseguida por el legislador al establecer las medidas de protección a los derechos que tendrá el autor sobre sus obras.

A continuación, estudiaremos más de cerca cuál es la finalidad del derecho de autor desde la perspectiva del copyright norteamericano y después lo haremos desde el punto de vista español. El último por tratarse del derecho nacional de España y el segundo, por ser un sistema diferente, y que permite comparaciones interesantes. Ocasionalmente tiraremos de otros sistemas similares a ambos, por motivos puramente comparativos.

Para analizar la finalidad del copyright, analizaremos principalmente la legislación norteamericana, que proviene a su vez de la tradición legislativa y judicial británica. Comenzaremos por analizar la finalidad desde esta perspectiva y luego analizaremos el derecho de autor, haciendo un ejercicio de derecho comparado al final que nos permita sacar conclusiones.

### **1.3 Finalidad del derecho de autor desde el punto de vista del Copyright.**

Desde el punto de vista del Copyright, lo primero que podemos decir es que parece claro que el fin de otorgar protección al autor con respecto de su obra, es promover el progreso científico y cultural por encima de esta misma protección, que se entiende como un medio para conseguir un fin. Llevándolo al terreno de la filosofía política, es una visión utilitarista de la cuestión.

La misma Constitución de los Estados Unidos señala en la §8, cláusula 8 de su artículo 1º en la que establece las atribuciones del Congreso, diciendo que tendrán poder para “*promover el progreso de la ciencia y las artes, mediante la concesión, por tiempo limitado, a los autores e inventores, un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos.*”

Según Decherney (2012: 4), la función del copyright “es enriquecer a la sociedad mediante el estímulo a la creación del arte y las ideas, para que estas puedan ser utilizadas como cimiento.” Ese

cimiento es el necesario para las nuevas creaciones. Viene a colación la frase “a hombros de gigantes” que utilizaran Isaac Newton o Bernardo de Chartres.

Con la protección al autor se busca que el mismo cree y publique obras artísticas y literarias para enriquecer el acervo cultural de donde futuros creadores tomarán los elementos para crear nuevas obras. El Copyright es un sistema diseñado para avanzar hacia el fin colectivo de la expansión del saber, a través del estímulo de los esfuerzos e imaginación de entes creativos privados (Ginsburg, 2003: 7).

Desde la perspectiva anglosajona, los derechos comprendidos dentro de la propiedad intelectual: copyright, patentes y demás, se conceden para cumplir con una función específica.

En particular, los derechos otorgados al autor bajo el sistema del Copyright, tienen detrás a los conceptos del utilitarismo tal y como fue planteado por Bentham (1823). Para el utilitarismo, el individuo es importante como instrumento que sirve a un propósito social: el mayor beneficio posible para la mayoría.

En base a la filosofía utilitarista el derecho de autor existe para cumplir una función entendida como superior en donde se busca satisfacer, de la mejor manera posible, las necesidades de la mayor cantidad de gente posible.

Viéndolo desde la perspectiva de dicha filosofía, el Copyright tiene como principal valor el bienestar de la sociedad y procura su beneficio a través de las obras creadas. El autor queda en un segundo plano, solo recibe protección para sus obras en tanto a que es el medio para conseguir un fin.

Se puede llevar al utilitarismo al terreno de la teoría económica, y en Estados Unidos, esta filosofía aplicada a la concepción del Copyright encaja a la perfección con la concepción del libre mercado en donde “el mercado promueve el estado de bienestar de la sociedad como un todo al proporcionar incentivos para la gente que trabaja duro para suministrar bienes que otras personas



quieren” (Sandel, 2009: 6). El Copyright tiene un tinte de transacción económica: *usted gana si todos ganamos*.

Dice Pallas Loren (2000) que los padres de la Constitución de los Estados Unidos, ya de por sí sospechosos de sí mismos de todo tipo de monopolio, sabían que históricamente el Copyright se había utilizado como herramienta para la censura y el control de la prensa y solo consienten en tolerar un monopolio en favor de los autores como el medio para conseguir un fin que es el progreso del conocimiento y la educación.

Las ideas de otros filósofos como Kant, importante en las ideas detrás del *droit d’auteur*, apenas tuvieron influencia en el derecho de EEUU. Esto probablemente se deba a que los filósofos británicos de aquella época, que influyeron en la filosofía política detrás de la legislación de la nueva nación norteamericana, ignoraron en su mayoría a sus contemporáneos alemanes (Russell 1945: 773).

Esta puede ser una de las causas por las que, en el sistema de Estados Unidos, la protección a los derechos morales del autor es más reducida.

La filosofía descrita líneas arriba nos podría llevar a pensar que la balanza se inclina en favor del interés general y va en detrimento del autor. Incluso, si aceptamos que se está ante una concepción mercantilista, podríamos pensar que también el interés la empresa que lucra con los contenidos producto de la actividad intelectual, tiene mayor peso que el del mismo autor.

En el mundo actual existe gran preocupación por la influencia y posición de poder de la gran maquinaria empresarial que explota las creaciones intelectuales. Los grandes conglomerados están, en su mayoría, en Estados Unidos. Se dice incluso, que su poder es tal, que son capaces de influir en la legislación del derecho de autor a nivel internacional (Horten, 2013).

Pero si decimos que ahora el equilibrio está roto, ¿es porque su influencia ha inclinado la balanza demasiado a su favor o es porque la legislación de copyright debe interpretarse como un

marco legal protector de una industria y su crecimiento, aún por encima del autor y solo tomando en cuenta marginalmente los intereses de los usuarios?

Existen varias interpretaciones sobre lo que el texto constitucional de Estados Unidos establece en cuanto a la finalidad del derecho de autor. Hay discrepancias entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal. A continuación analizamos estas interpretaciones.

### **1.3.1 Interpretación judicial sobre la finalidad del Copyright norteamericano**

La Suprema Corte de Justicia norteamericano ha producido amplia jurisprudencia que trata sobre cuál es la finalidad última del Copyright. Al interpretar las leyes en la materia, ha insistido repetidamente en que el objetivo principal es fomentar la producción y divulgación de las obras del intelecto (Fisher, 2001:173).

Una de las opiniones judiciales más claras a este respecto la encontramos en las palabras del Magistrado Potter Stewart en *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* (1975):

“el efecto inmediato de nuestra legislación en materia de Copyright es el asegurar una compensación justa para la labor creativa de un <<autor>>. Pero el fin último es, a través de ese incentivo, el estimular la creatividad artística para el bien público general.”

La primera sentencia de la Suprema Corte sobre derechos de autor es *Weathon v. Peters* (1834). Estableció que, en los Estados Unidos, estos son una creación de la legislación y no un derecho perpetuo de propiedad reconocido por el *Common Law* heredado de los ingleses. En ningún caso se trata de un derecho natural.

La opinión vertida por el Magistrado John Mclean es que el derecho de los autores no es un derecho a perpetuidad basado en la tradición del *Common Law* sino un derecho establecido en la Ley de Ana de 1710. Aún más concluyente, dice la Sentencia, es el hecho de que es la Constitución la que ha dado al Congreso la potestad de otorgar derechos exclusivos sobre las obras a sus autores. De acuerdo con esta potestad, el Congreso aprobó la ley referente al derecho de autor, siendo la primera

la del 30 de mayo de 1790. Según Mclean, el Congreso, a través de dicha ley, en lugar de reconocer un derecho pre-existente, lo ha creado.

Otras resoluciones que siguen esta misma línea son *Globe Newspaper Co. v. Walker* (1908), *American Tobacco Co. v. Werckmeister* (1907), *Calega v. Inter-Ocean Newspaper Co.* (1907) y casi cien años después de *Weathon v. Peters*, en *Fox Film Corp. v. Doyal* (1932) se estableció que el Copyright es la creación de una ley federal aprobada en ejercicio de la potestad concedida al Congreso, que no ha reconocido un derecho pre-existente, sino que ha creado uno que es nuevo.

La jurisprudencia se desmarca de toda noción del derecho de autor entendido como un derecho natural y de propiedad que pueda durar a perpetuidad. En el referido *Fox Film Corp. Vs. Doyal* se le caracteriza como un monopolio que el gobierno concede con un solo propósito que es el de obtener un beneficio para el público en general, derivado de la labor de los autores.

Según la misma sentencia, el Copyright se concede como una contraprestación a la labor de los autores, otorgada por el público (el Congreso, entendido como el representante de la voluntad del pueblo) a cambio de los beneficios obtenidos gracias al talento, expresión y habilidades de ciertos individuos y para incentivar más esfuerzos para el mismo fin antes mencionado de beneficiar a la sociedad.

Netanel (2008:12) resume la posición de los tribunales norteamericanos: cualquier interpretación del Copyright como un derecho de propiedad contrasta con la interpretación que tradicionalmente han seguido estos tribunales. Los derechos del Copyright son privilegios de monopolio que aunque concebidos para motivar la actividad creativa, mediante el establecimiento de una recompensa especial, están limitados en cuanto a su naturaleza y deben de estar, en última instancia, al servicio del bien común.

Bell (2002: 5) afirma que el argumento de que los derechos de autor son derechos naturales es insostenible en el derecho norteamericano. Esta idea no es apoyada ni por el texto constitucional, ni

por sus interpretaciones judiciales, ni siquiera por la evidencia histórica sobre las opiniones personales de los legisladores constituyentes.

Desde esta concepción, el derecho de autor no es más que un incentivo para conseguir un fin: engrandecer el acervo cultural y científico mediante el otorgamiento de derechos limitados tanto en lo que protegen como en el tiempo durante el cual lo protegen.

Podemos decir que las leyes del copyright existen en primer lugar para beneficiar a la sociedad y en segundo lugar para proteger al autor. Se incentiva al autor a crear mediante la protección por tiempo limitado de sus obras, pero la intención es que las obras se hagan en beneficio del bien común.

En el asunto *Mazer v. Stein* (1954) la jurisprudencia norteamericana afirma que detrás de la decisión de dar al Congreso el poder de otorgar la protección del copyright existe una filosofía económica basada en la convicción de que el estímulo del esfuerzo individual a través del beneficio personal es la mejor forma de promover el bienestar social a través del talento de los autores (Hughes, 1988: 11).

Se ofrece la promesa de un beneficio personal económico a cambio de una contribución para toda la sociedad. Se ve al derecho de autor no como un derecho natural, sino como una creación artificial de los gobernantes. Se trata de una especie de transacción, de un pacto entre creador y gobierno para beneficiar al pueblo.

Parece claro que por lo menos desde el punto de vista jurisprudencial, la Constitución tiene una única finalidad al constituir un sistema de protección y compensación para el autor y su obra.

Nuestra realidad actual demuestra que dicha finalidad, que al menos a nivel constitucional parece inequívoca para el copyright, no garantiza que el equilibrio exista.

Lo anterior no significa que al no existir, el balance se decante por completo por el interés general. Por el contrario, el sistema parece permitir que la balanza se incline más en favor del mercado que de los miembros de la comunidad o incluso de los mismos creadores de obras.

En el copyright, parece que los autores están en cierta forma menos protegidos, no tanto respecto de los usuarios sino con respecto de la industria. Quizás se deba a la forma en que el sistema aborda la cuestión de los derechos morales, tema que tratamos a continuación.

Como veremos también, el ámbito de protección del copyright se ha ido expandiendo constantemente a lo largo de los últimos dos siglos y todavía más en las últimas décadas, a medida que los avances tecnológicos, sobre todo Internet, han cambiado la forma en que se distribuyen, consumen y crean contenidos.

Esto nos lleva a plantearnos lo siguiente: si en EEUU la función del copyright es proteger al autor para seguir el progreso de la ciencia y las artes, entonces ¿Por qué el uso de las obras protegidas es cada vez más restringido? Por qué, a pesar de que no hemos visto una expansión en la protección de los derechos morales, ¿el ámbito y el plazo de protección de los derechos económicos se han expandido tanto en el último siglo?

### **1.3.2 La expansión del copyright.**

En las últimas décadas, la legislación del copyright ha ido incrementando la esfera de su protección tanto en el tiempo como en el espacio, es decir, en el ámbito de la protección y en el plazo de duración de la misma.

La primera ley del copyright norteamericana data de 1790. Establecía un plazo de protección de catorce años renovables por otros catorce, siempre y cuando el autor siguiera vivo para hacer dicha renovación. Después de dicho término de veintiocho años como máximo, las obras pasaban al dominio público. Tanto el plazo de protección como su renovación requerían de registro previo (§ 1ª de la Ley de Copyright *de* 1790).

Según la §302(a) del Copyright Act de 1976 (en adelante Ley de Copyright o Copyright Act) vigente en la actualidad, en general, todas las obras creadas a partir del 1º de enero de 1978 están protegidas durante toda la vida del autor más setenta años después de su muerte.

Como se puede ver, se ha pasado de un período de protección de máximo veintiocho años a uno de aproximadamente ciento cuarenta y ocho años por lo menos, si tomamos en cuenta que en 2008, se calculaba que, sin distinción de raza o sexo, la expectativa de vida en EEUU era de setenta y ocho años<sup>1</sup>.

La extensión del plazo ha sido constante: el plazo original se extendió a veintiocho años en 1832 y después a un total de cincuenta y seis años en 1909. La ley de 1976 cambió de un plazo fijo a uno variable, todavía limitado, que era igual a la vida del autor más cincuenta años (Landes y Posner, 2002:1). El plazo fue extendido por última vez en 1998 con la aprobación del *Copyright Term Extension Act*, mejor conocido como *Sony Bono Act*, y el plazo general vigente actualmente es de toda la vida del autor más setenta años.

No debemos olvidar al Convenio de Berna, que en su art. 7 exige que el plazo de protección sea, en general, la vida del autor más cincuenta años, aunque la mayoría de los países, incluido EEUU, han adoptado un plazo mayor.

No solo el plazo es el que ha aumentado, también se ha incrementado el ámbito de la protección.

Para quienes viven de explotar el copyright la protección amplia se ha vuelto indispensable: “Desde el punto de las industrias del contenido... no es un accidente inesperado que la propiedad intelectual haya llegado a regular la actividades personales sin fines comerciales. Es absolutamente necesario” (Boyle, 2008:53).

---

<sup>1</sup> Según datos del *US Census Bureau* que pueden verse en: <http://www.census.gov/compendia/statab/2012/tables/12s0104.pdf> (.Recuperado el: 18 de enero de 2014).

En un principio, el copyright solamente controlaba la reproducción de las obras. Actos como la traducción o la adaptación teatral de una novela no estaban regulados. Las actividades creativas basadas en las obras derivadas de lo ya publicado no estaban bajo el control del autor y eran, sobre todo, las actividades de los editores las que estaban reguladas (Lessig, 2005: 138).

La ley vigente en EEUU en 1790 se basó directamente en el Estatuto de la Reina Anna. Protegía únicamente a las obras literarias, específicamente ejemplares de libros, mapas y planos (§1 de la ley de 1790). Únicamente se otorgaba el “derecho y la libertad” de “imprimir, reimprimir, publicar y vender” dichas obras. No existía control sobre las obras derivadas y en el ámbito de protección solo se encontraban las obras literarias (Loc. Cit.).

En 1802, se incluye en el ámbito de protección a los grabados, y en 1831, también a las composiciones musicales. En 1856 se incluye a las composiciones dramáticas, a las fotografías en 1865 y en 1870 a las obras de arte.<sup>2</sup>

En 1909 se dictaría una nueva Ley de Copyright que declararía protegidos “todos los escritos del autor incluyendo libros, compilaciones, los sermones y discursos, las composiciones dramáticas, las musicales, los mapas, las obras de arte y sus reproducciones, los dibujos y dibujos técnicos, fotografías, litografías e ilustraciones. En 1912, se enmienda la mencionada ley para dar protección a obras cinematográficas, antes protegidas como fotografías.

La Ley de 1909 reservaba expresamente al autor el derecho para autorizar tanto la traducción de su obra como la creación de obras derivadas, incluyendo a los resúmenes, las adaptaciones, dramatizaciones, traducciones u otras versiones de obras y a su vez protegía a estas nuevas obras. Así se pasó del control sobre la reproducción y distribución de las obras al control de cualesquiera obras derivadas y obras nuevas basadas en las creaciones de los autores.

---

<sup>2</sup> La oficina del Copyright norteamericano tiene un excelente documento en donde se resumen las fechas más significativas en la historia de la legislación en la materia del país. Se puede acceder a él en: <http://www.copyright.gov/history/dates.pdf>. (Recuperado el 28 de marzo de 2013.)

El aumento en el ámbito de protección no solo se manifiesta en la ampliación del tipo de obras protegidas y del control sobre las obras derivadas, también se puede apreciar en el lenguaje de la legislación. En la legislación actual la definición de “escrito del autor” se ha expandido tanto que ya no se limita solamente a obras de carácter estético, también se incluye el software de ordenador, el diseño de los edificios, productos comerciales como las joyas, los directorios, las compilaciones de hechos, reportes financieros, entre otros (Beckerman-Rodau, 2010:64). Actualmente, según la Suprema Corte, también debe incluirse el examen de la barra de abogados (*National Conf. v. Multistate legal studies*, 1982).

Lo anterior es considerado como el comienzo de una tendencia inquietante hacia la extensión del copyright, hacia una protección cada vez más especializada que incluya productos y artículos específicos (Ibíd.: 65).

Sin duda el control es cada vez más férreo. En la actualidad se hace a través de medios tecnológicos de control de las obras. Estos son tan fuertes que pueden dificultar, si no es que hacer imposible, el uso legítimo de obras aún si dicho uso está amparado por el *fair use* o cualquier límite al derecho de autor expresamente recogido en la ley.

Existen ejemplos recientes de intentos de expansión en la protección. Tal es el caso de las llamadas leyes SOPA<sup>3</sup> o PIPA<sup>4</sup>, introducidas respectivamente por el Congreso y el Senado estadounidense, y que han provocado sendas protestas, bien documentadas por Lev Aretz (2013). Dichas propuestas se han dado incluso a nivel internacional pues se consideró que eran tan excesivas que no solo criminalizaban al usuario y penalizaban a los proveedores de Internet, sino que atentaban contra las libertades fundamentales de los ciudadanos a nivel internacional.

---

<sup>3</sup> *Stop Online Piracy Act* de 2011, por sus siglas en inglés. El proyecto de Ley puede leerse en: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf> (Recuperado el 13 de marzo de 2013).

<sup>4</sup> *Protect IP Act* de 2011, también por sus siglas en inglés. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s968is/pdf/BILLS-112s968is.pdf> (Recuperado el 13 de marzo de 2013).



También hay que incluir al tratado comercial conocido como ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, por sus siglas en inglés),<sup>5</sup> que incluye disposiciones en materia de propiedad intelectual y derecho de autor, firmado ya por EEUU y veintidós países de la Unión Europea, entre ellos España, pero que aún sigue pendiente de ratificación.

La negociación de dicho tratado, como se ha denunciado repetidamente, se ha hecho a espaldas de los ciudadanos y sin informar debidamente a los mismos de su tramitación (Bridy, 2012). ACTA es un buen ejemplo de cómo actúan los grupos de presión, a través del llamado *lobbying*, buscando aprobar legislación que proteja sus intereses.

Al analizar la historia de tramitación de este tratado, que actualmente y afortunadamente, a nuestro parecer, se encuentra en punto muerto, podemos ver un ejemplo de cómo el gobierno de EEUU ha armado un sistema internacional para exportar su política de propiedad intelectual a otros países para respaldar su industria del entretenimiento: “... las industrias del entretenimiento de EEUU, ejercieron influencia sobre ACTA mientras que otros, en particular la sociedad civil y la industria europea, fueron excluidas” (Horten, 2013:54).

Si la influencia de los grupos interesados es tan importante que puede incluso condicionar de tal manera la política internacional, cabe pensar que dichos grupos han contribuido grandemente a la expansión del copyright a lo largo de los años.

### **1.3.3 La influencia de los grupos de interés.**

Ginsburg (2003: 4) advierte que la expansión del copyright no necesariamente parte del deseo de beneficiar al autor, aunque no se discute que este deba ser compensado por sus frutos. Los autores rara vez se benefician de su creatividad y el copyright es un simple pretexto para la avaricia corporativa.

---

<sup>5</sup> La web de la oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos ofrece una liga al texto final de ACTA: [http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i\\_property/pdfs/acta1105\\_en.pdf](http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf) (Recuperado el 25 de marzo de 2013).

Son los editores y otros beneficiarios de los derechos económicos los que dicen defender al autor a la par que lo despojan: Ciertas industrias y grupos, como también pasa en España, y en otras partes del mundo, entienden que la ley debe de estar ahí para su beneficio, y ante crecientes amenazas a estos derechos de protección, han requerido, y logrado, una protección cada vez mayor.

Netanel, (2008: 34), nos dice que “las industrias del copyright utilizan estratégicamente al Congreso, al Poder Ejecutivo e incluso a los Tribunales para expandir continuamente el alcance de las prerrogativas de los tenedores de los derechos.”

Un ejemplo de la alianza entre industrias que basan su modelo de negocio en la explotación de los contenidos protegidos y las altas esferas del gobierno estadounidense lo encontramos en la carrera política del ex diputado demócrata por California Howard Berman.

Berman siempre ha defendido los intereses de la industria del cine, incluso ganándose el apodo de “el diputado de Hollywood”.

En el año 2008, también emprendió la tramitación del *Fair Copyright in Research Works Act*<sup>6</sup>, un malogrado intento para impedir que la *National Institutes of Health* (NIH)<sup>7</sup>, un organismo público, requiriera la publicación obligatoria de artículos sobre medicina hechos con fondos de la Institución, a través de su base de datos en Internet, *PubMed Central*<sup>8</sup>, doce meses después de su publicación original en revistas científicas.

Berman siempre ha defendido la aplicación restrictiva de las leyes de copyright y de u oposición a todo tipo de acceso libre. En una audiencia para tratar dicha propuesta legislativa ante el Subcomité sobre Internet y la propiedad intelectual del Congreso de los Estados Unidos, que el

---

<sup>6</sup> El texto completo de dicha propuesta de enmienda a la Ley de Copyright se puede leer en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-110hr6845ih/pdf/BILLS-110hr6845ih.pdf> (Recuperado el 15 de marzo de 2013).

<sup>7</sup> Organismo gubernamental para fomentar la investigación en medicina: <http://www.nih.gov/>.

<sup>8</sup> Esta base de datos cuenta hoy en día con 2.6 millones de artículos que provienen de 253 publicaciones de la NIH y otros 3310 *journals* que aportan voluntariamente artículos seleccionados e incluso números enteros de sus revistas. Se puede visitar en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/>

mismo presidía. En dicha audiencia Berman llegó a decir al Dr. Elías Zerhouni, entonces director del NIH y que estaba a favor del acceso libre, que parecía que la “N” en NIH significaba *Napster*.<sup>9</sup>

Con estos hechos se pretende ilustrar que efectivamente, ciertas industrias y grupos que defienden los intereses de quienes basan su modelo de negocio en el control del copyright tienen influencia, quizás demasiada, gracias a su poder económico, sobre quienes hacen las mismas leyes de copyright.

Cabe pensar que también es posible que cuando se enmienda y revisan estas leyes, el interés prevaleciente sea proteger modelos de negocio y no procurar el avance de las artes y las ciencias, llegando incluso a casos extremos como SOPA, PIPA o ACTA, en donde los derechos fundamentales de los ciudadanos se ponen en peligro y la opinión de la sociedad civil es dejada de lado.

Si mencionamos al Sr. Berman, que hoy en día ya no ejerce como representante de su estado, es porque nos sirve a buen ejemplo. Basta ver la lista de los contribuyentes para su campaña electoral 2011-2012.<sup>10</sup>

Entre sus cinco mayores contribuyentes aparecen *National Amusements, Inc.* (que controla *Viacom*), *Comcast Corp.* (accionista mayoritaria de *NBCUniversal*), *News Corp.* (dueña de *Fox Entertainment Group*), *Sony Corp.* (dueña de *Sony Pictures*) y *Walt Disney Co.* (dueña de *the Walt Disney Studios*, *Marvel Entertainment*, *ABC*, entre otros), es decir, empresas que controlan cinco de las seis más grandes productoras cinematográficas de Hollywood. La sexta es *Warner Bros. Entertainment* controlada por *Time Warner Inc.* A todas ellas se les conoce como las *Big Six* de la industria del cine norteamericano.

---

<sup>9</sup> Un vídeo de la audiencia puede verse en [http://judiciary.house.gov/hearings/hear\\_090911\\_1.html](http://judiciary.house.gov/hearings/hear_090911_1.html)

<sup>10</sup> Información disponible en <http://www.opensecrets.org/politicians/summary.php?CID=N00008094> (Recuperado el 25 de marzo de 2013.)

En los procesos legislativos del copyright, los grupos que controlan un gran número de derechos sobre obras, y que tienen un fuerte poder económico y de negociación, son más incluyentes que los grupos que defienden al usuario de contenidos protegidos. Esto da como resultado el que “la legislación de copyright a menudo favorece (a los grandes grupos), y ahora mismo no tiene la capacidad de mantener un balance justo o de beneficiar a todas las partes” (Tian, 2009:91).

Bohannon (2005) sostiene que: en las últimas décadas, grupos de interés poderosos y bien organizados, que representan los intereses de las industrias musical, del cine y editorial (entre otras) han estado fuertemente involucradas en la redacción de propuestas de legislación (de propiedad intelectual).” En este sentido ver también a Sterk (1996), Patry (1996), Merges y Reynolds (2000), y Netanel (2001). Litman (1987:880) confirma lo anterior, apuntando a que el Congreso de EEUU ha admitido que ha dejado a representantes de la industria la redacción del texto de la ley de 1976, optando por ser un simple supervisor de sus actividades.

Hay un claro interés económico detrás de la actividad legislativa en materia de propiedad intelectual contemporánea pues hoy más que nunca, hay grandes cantidades de dinero en juego. Así, tiene sentido ejercer cada vez más presión si los bienes que se pretenden proteger valen cada vez más y esto lleva a exigir “derechos de propiedad muy elaborados y cada vez más específicos... algunas leyes recientes sobre Propiedad Intelectual delatan una excesiva parcialidad hacia el proteccionismo” (Merges, 2000:2190-2191).

Moffat (2004: 1473) dice que quienes controlan grandes acervos de propiedad intelectual son:

“una minoría concentrada con los recursos y motivación para hacer esfuerzos legislativos y de *lobbying*, mientras que aquellos que no se benefician de (o son perjudicados por) la expansión de los derechos de propiedad intelectual forman parte de un grupo difuso y pobre en recursos. Las industrias de la música y el cine son ejemplos de esta asimetría en los grupos de interés: tienen una gran motivación para buscar más protección para sus productos y pueden hacerlo debido a su influencia financiera y política.”

Vienen a colación las palabras de Smith (1790: 444) refiriéndose a los intereses del capital y que bien se aplican a los grupos de interés:

“Cualquiera (sic) proyecto pues que venga de parte de esta clase de gentes, es necesario que se mire con la mayor precaución, y que jamás se adopte antes de ser prolija y escrupulosamente examinado, no solo con la mayor atención, sino aún con la desconfianza del sospechoso...”

A la luz de lo ampliamente denunciado en la doctrina, que suele criticar prácticamente cualquier enmienda legislativa, desde el *Sony Bono Act* al *Digital Millenium Copyright Act*, por poner ejemplos, y de casos como el del referido diputado Berman, podemos inferir que efectivamente existe una poderosa influencia de los grupos que propugnan por la protección más amplia posible del copyright y de la interpretación tan rígida como sea posible del mismo.

Los grupos de interés prefieren extender tanto como sea posible la interpretación de los derechos que ya existen, pues ha probado ser una táctica más productiva que ir al Congreso a pedir nuevos derechos exclusivos cada vez que una nueva tecnología crea una nueva oportunidad de acceder a contenidos protegidos y por lo tanto abre nuevas oportunidades de negocio (Litman, 2008: 597).

Un ejemplo: hace tres décadas, el asegurar que la Ley de Copyright otorgaba al legítimo tenedor el derecho exclusivo a “utilizar” la obra protegida hubiera parecido un simple malentendido. En la actualidad, dicha afirmación “se ha convertido en una descripción casi decente de los derechos que los dueños del copyright controlan” o deberían de controlar (Ibíd.: 598).

Después de las protestas contra SOPA y PIPA, el panorama ha cambiado de alguna manera. Las fuerzas entre los grupos de interés parecen un poco más equilibradas, en buena parte porque los que controlan los derechos del copyright han afectado a los intereses de las empresas de la industria tecnológica en su afán por controlar los contenidos en la red. Esta industria ha logrado movilizar a la comunidad en Internet y al público en general de una forma nunca antes vista, y quizás aún más importante, ha logrado persuadir al público de que puede defender sus derechos si lo hace de manera organizada (Herman, 2012: 219-220).

Otra consecuencia importante que el rechazo a estas legislaciones ha dejado, es que de ahora en adelante los políticos tomarán muy en cuenta la reacción negativa que suscita el ir en contra de los intereses de las empresas de tecnología. Será difícil organizarse en el futuro para protestar de manera tan efectiva por el copyright como ya hizo con SOPA y PIPA pero el asunto ha quedado en la mente de los votantes y los políticos “procederán con cautela cuando se trate de legislar sobre medios digitales” (Ibíd.:220).

Un ejemplo de esta cautela es que la industria del entretenimiento norteamericana, no suele recurrir con entusiasmo a los tribunales de última instancia por los riesgos que esto representa, decantándose más por llegar a arreglos económicos para acabar con los litigios. En particular, parece que la industria del cine, suele optar por la autorregulación y pactos entre empresas (Decherney, 2012).

Como dice la frase coloquial “más vale un mal arreglo que un buen pleito” y para quienes consideramos que los grupos de interés con menos poder, especial referencia a los usuarios y muy en particular a los educadores y educandos, creemos que el camino a seguir está por supuesto en organizarse y presionar a nuestros gobernantes cuando sea necesario, pero desde el punto de vista académico entendemos que nuestro trabajo es proponer trabajos que sugieran el rumbo y enmiendas legislativas que sirvan para equilibrar la balanza.

La influencia de las industrias que han llevado a la expansión de la protección afecta a los ciudadanos y sus intereses de varias maneras.

Una de ellas es el debilitamiento del dominio público, ya que la ampliación del plazo de protección hace más difícil que las obras pasen a formar parte de este.

Una ampliación en el ámbito de protección del copyright en donde cada vez más usos, incluidos usos particulares y todo tipo de obras derivadas son objeto de una férrea protección puede

afectar al dominio público pero también perjudicar a los derechos a la educación y al libre acceso a la cultura y a las ciencias.

Una interpretación excesivamente obtusa de la ley también puede afectar los derechos que se pretenden asegurar a los ciudadanos por medio de los límites y excepciones al derecho de autor y la doctrina del *fair use*. El inutilizar estos límites y excepciones puede afectar en particular al derecho a la educación universitaria.

La ampliación en el ámbito de protección del copyright que deriva en usos cada vez más restringidos y la ampliación cada vez mayor del plazo de protección (que si seguimos así podría llegar a ser el infinito menos un día) tiene efectos negativos para los usuarios finales.

Aún cuando parece que está claro que para el copyright, la finalidad de la protección al autor es el beneficio de la sociedad en su conjunto, el resultado es el mismo: se han expandido las prerrogativas de los tenedores de los derechos, y no necesariamente las de los autores.

Por otro lado, las prerrogativas de quienes deben o desean disfrutar de los contenidos protegidos no se protegen adecuadamente. Esto ha afectado negativamente a los límites al derecho de autor y por lo tanto, se puede decir que lesiona a otros derechos, como el derecho a la educación o el acceso a la cultura y la ciencia. De la misma forma, tiene efectos negativos sobre el dominio público.

Ahora mismo la balanza se inclina de manera desmedida en favor de la protección de intereses económicos, en detrimento de usuarios y también de autores.

#### **1.3.4 La protección de los derechos morales en el copyright.**

Según Decherney (2012: 111):

“El copyright es un ingenioso pacto concebido por los legisladores y los tribunales. Recompensa a autores y artistas con un monopolio limitado sobre sus conocimientos... Desde la perspectiva de las leyes de copyright de los Estados Unidos, los autores y los artistas no poseen ningún derecho natural o conexión inalienable alguna con su obra; únicamente tienen los derechos que el Congreso les ha concedido.”

Esta concepción ha llevado a que, en el copyright norteamericano, los derechos morales no ocupen un lugar central en la protección. Esto no quiere decir que los derechos morales no se protejan en absoluto. Es más correcto decir que se protegen débilmente.

Quizás el que hasta ahora el derecho moral no haya tenido calado en la legislación del derecho de autor estadounidense se deba a intereses económicos más que a una concepción en particular de lo que el derecho de autor.

#### **1.3.4.1 Formas de defender el derecho moral en el sistema del Copyright.**

En Estados Unidos, los derechos morales no están codificados salvo una excepción a la que nos referimos más adelante. Sin embargo, estos derechos pueden ser defendidos a través de varias provisiones legales no contenidas en la Ley de Copyright, como por ejemplo las defensas como la difamación o la calumnia, la falsedad de declaraciones,<sup>11</sup> el derecho a la intimidad y las leyes contra la competencia desleal (Damich, 1988).

Estados Unidos no rehúye totalmente de los derechos morales ni ha denigrado la condición de los autores y artistas (Decherney, 2011: 280). Un ejemplo es el caso *Fairbanks v. Winik* (1923), en el que Douglas Fairbanks impidió, gracias a un contrato firmado con la *Majestic Motion Picture Company*, que esta vendiera a un tercero el derecho a re-editar sus películas.

La defensa del derecho a controlar la publicación de una obra también se hace mediante la defensa del derecho a la intimidad, entendida como el “derecho a ser dejado solo”: si el autor produce una versión final previamente editada, y alguien intenta revelar las líneas previamente omitidas por el propio autor, el mismo tendrá la legitimidad para impedir la publicación de dicha revisión a través de una demanda para defender su derecho a la intimidad (Warren y Brandeis, 1890:46).

---

<sup>11</sup> En Estados Unidos se hace un símil a la usurpación de marca, pero aplicada al autor y su obra.



Probablemente el ejemplo más famoso respecto de la defensa de los derechos morales en el EEUU sea el caso conocido como *Monthy Python (Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc., 1976)*.

A mediados de la década de los setenta, la BBC británica llegó un acuerdo con la cadena norteamericana ABC para la emisión en Estados Unidos de varios episodios del exitoso show *Monty Python's Flying Circus*. Aunque la BBC era tenedora los derechos de explotación de los episodios producidos, los miembros de *Monty Python* se reservaron, por contrato, los derechos de autor sobre los guiones de cada uno de los episodios.

La ABC editó los episodios para retirar 24 minutos de contenido con el fin, por una parte, de adaptarlos para insertar cuñas publicitarias y por la otra, porque consideraron que cierto material era ofensivo para la audiencia norteamericana.

Cuando varias semanas después, los miembros de los *Monty Python* descubrieron la forma en que se habían emitido sus episodios decidieron demandar a la ABC por dañar su reputación artística. Se quejaron de que “la continuidad, el humor y la integridad de su programa se había perdido. El caso se basaría entonces, en la transformación cualitativa del contenido del programa, en vez de en una cuantificación arbitraria del arte (los minutos editados o el porcentaje borrado) (Decherney, 2012: 139).

La Corte dio la razón a los *Monty Python* y en la que es “tal vez la defensa más contundente de los derechos morales en la jurisprudencia de los Estados Unidos” pues “quedó demostrado que la línea entre una transformación aceptable y una transformación atroz de obras audiovisuales puede ser cruzada, y los derechos de atribución e integridad de la obra podían ser protegidos...” a pesar de no estar codificados (Ibíd.:142-143).

Como en el caso Fairbanks, el que existiera un contrato entre los *Python* y los productores fue clave. Este método, el contractual, es otra forma de garantizar el respeto al derecho moral del autor.

Los magistrados decidieron que aunque la ley de copyright norteamericana busca proteger los derechos económicos y no los derechos personales de los autores, y no reconoce los derechos morales ni contempla acción legal alguna para reclamar su vulneración, esto no quiere decir que los autores no puedan reclamar la reparación del daño por la mutilación o tergiversación de sus obras a través de derechos contenidos en otras leyes como las que regulan los contratos o la legislación sobre competencia desleal.

Para Ginsburg (2012b:14) existe un claro ejemplo de reconocimiento de los derechos morales a través de contratos son las licencias *Creative Commons*, muy populares en obras distribuidas a través de Internet. La licencia estándar requiere la atribución de la autoría y el autor también puede instruir a los usuarios para no alterar o modificar su obra en forma alguna.

#### **1.3.4.2 Ley VARA: excepción de protección legislativa al derecho moral en el sistema del Copyright.**

Existe una notable excepción en cuanto al reconocimiento y codificación de los derechos morales en Estados Unidos en la llamada Ley VARA (*Visual Artists Rights Act* de 1990), encaminada a la protección de las artes plásticas.

Esta ley otorga unos derechos morales “muy” limitados pues protege solamente un tipo de obras concretas si bien es la única que otorga expresamente un derecho a reclamar la autoría sobre una obra (Ibíd.:10).

De acuerdo con esta ley, los creadores de pinturas, dibujos, esculturas y obras fotográficas tienen dos tipos de derechos morales: el derecho de atribución (*right of attribution*) y el derecho a preservar la integridad de la obra (*right of integrity*) (§(a), apartados (1), (2) y (3) de la Ley VARA).

El primero de estos derechos, el de atribución, es el derecho del autor a que una obra sea reconocida como suya o bien, el derecho del mismo a oponerse a ser identificado como el autor de una obra que no es de su creación.

El otro derecho que dicha ley concede es el derecho a preservar la integridad de la obra (*right of integrity*) y que implica lo siguiente:

- El que el autor pueda oponerse al uso de su nombre en el caso de que una obra de su creación haya sido objeto de distorsión, mutilación o cualquier otra modificación que el mismo autor considere perjudicial para su honor o reputación;
- el que el autor pueda impedir cualquier distorsión mutilación o cualquier otra modificación intencional de su obra cuando el autor considere estas como perjudiciales o efectivamente lesionen su honor o reputación;
- el que el autor pueda impedir la destrucción de cualquiera de una obra suya cuando sea suficientemente reconocida o ser compensado por una destrucción de esta por negligencia grave.

La Ley VARA separa expresamente los derechos morales de los derechos exclusivos propios del copyright (§ (e)2).

Los derechos contenidos en esta ley duran toda la vida natural del autor y de acuerdo a la § (e) estos derechos son intransferibles pero no irrenunciables pues el autor puede acordar expresamente por escrito renunciar a ejercer sus derechos sobre una obra determinada, por ejemplo, cuando la obra es hecha por encargo a través de un contrato de cesión de derechos, que en el copyright se conoce como *work-for-hire*.

#### **1.3.4.3 Sobre la poca penetración del derecho moral en la legislación norteamericana.**

El reconocimiento de los derechos morales en EEUU no ha tenido gran calado, ni siquiera después de la ratificación del Convenio de Berna en 1989, aunque hay que decir que la Ley VARA es resultado directo del cumplimiento de dicho Tratado Internacional que en su art. 6bis exige a los países firmantes cierto grado de protección de los derechos morales.

Autores como Cross (2007: 186) consideran que los derechos morales interfieren con la libre circulación de las obras y por lo tanto perjudican al dominio público.

Leonard (2012: 318), defiende el reconocimiento de los derechos morales del autor en el derecho norteamericano, pero ve un potencial problema en expandir el ámbito y material del derecho a la integridad de la obra pues podría “sofocar y posiblemente aniquilar al *fair use*, pisoteando el derecho a la libertad de expresión aún cuando lo que intentaría es protegerlo.”

Bensen (1996: 1127) sostiene que el Congreso norteamericano no tiene poder para legislar sobre los derechos morales pues no puede dictar leyes que limiten la libertad de expresión de acuerdo a la primera enmienda de su Constitución.

Para Boyle (2008:220), la condición del derecho de copyright como incentivo a la creación y distribución de obras, está peleada con la concepción de este como un derecho natural y aceptar los derechos morales implica poner en peligro el enriquecimiento del dominio público.

Otros autores están de acuerdo en la necesidad de que los derechos morales sean reconocidos y protegidos más ampliamente, a pesar de que puedan tener desventajas. Entre estos autores están Ginsburg (2012b), Liemer (1998), Kwall (2001) y Strahilevitz (2005).

Según Netanel (2008:31), el verdadero motivo de una falta de legislación es “la acérrima oposición de las industrias del copyright, las cuales temen que otorgar a los autores personales, perjudicaría la habilidad de las industrias para modificar y comercializar el trabajo de los autores a su antojo.”

#### **1.3.4.4 La falta de atención a los derechos morales en el copyright y su relación con la expansión del mismo.**

Pensamos que uno de los motivos para la expansión del copyright puede ser la falta de atención a los derechos personales del autor. Esto puede causar que el autor quede en un segundo plano.

El que los derechos morales tengan una tenue protección ha generado que la figura del autor quede también en un segundo plano en la discusión sobre qué debe de proteger el copyright, cómo lo debe de proteger, y con qué fin.

Ginsburg (2012b:9) nos confirma que la figura del autor se encuentra completamente apeada del debate y “como resultado, las discusiones contemporáneas tienden a olvidar el papel del copyright en incentivar la creatividad.”

El dejar de lado al autor aumenta la errónea percepción de que el fin último del derecho de autor es única y exclusivamente la creación de riqueza monetaria.

Entender que al copyright solo le concierne la protección de unos derechos económicos lleva a intentar controlar y proteger las obras de una manera cada vez más férrea ya que lo único que se toma en cuenta es el deseo de convertir la legislación en la materia en vía de protección de un modelo de negocio.

Como consecuencia de lo anterior, se invierten más esfuerzos en proteger el caudal económico que se puede crear a través del copyright y en determinar quiénes son los beneficiarios de esas ganancias y no sobre qué se debe de hacer para respetar los derechos del autor y asegurarle compensación debida a dicho autor, especialmente si hablamos de la explotación de obras a través de internet y otras nuevas tecnologías. Por poner un ejemplo, el *streaming* de catálogos musicales o la venta por canción parece ser un gran negocio para todos, excepto para los autores (Panzarino, 2012).

Jack Valenti, presidente de la *Motion Picture Association of America* (MPAA), organización que representa a las ya mencionadas *Big Six* llegó a declarar: “no queremos detener la innovación. Solo queremos proteger a la propiedad privada del saqueo” (Netanel, 2008: 11).

Nos puede parecer muy bien que, se reconozca que no se debe entorpecer la innovación, pero cabría preguntarse si quien está siendo expoliado aquí no es el artista, mientras las empresas se llenan los bolsillos tanto o más que antes.

Poníamos el ejemplo de la música en *streaming* que parece dar escasos beneficios a la mayoría de los autores a pesar de que las ganancias de este negocio han aumentado un 40% en 2012. Las descargas de música han aumentado un 8.5% aunque las ventas de formatos físicos descendieron un 12% (BBC News, 2012). Aún así, a pesar de los dramáticos cambios y del efecto negativo de la piratería, parece un buen negocio.

Estos resultados alentadores especialmente en el plano digital, han llevado al presidente de Sony Music a declarar que “al comienzo de la revolución digital era un tema común el decir que lo digital estaba matando a la música. Bueno, la realidad es, que lo digital está salvando a la música. Creo absolutamente que esto marca el comienzo de una historia de crecimiento global. La industria tiene todo tipo de motivos para ser optimista sobre su futuro” (BunzelMedia, 2012).

La industria del cine tampoco se puede quejar pues a pesar de las descargas ilegales cada año consigue batir los récords de taquilla (Anderson, 2011). Aunque el negocio de la venta de películas en DVD o Blu Ray para el consumo privado está en franca caída, los ingresos gracias a la distribución de contenidos a través del *streaming* continúan en crecimiento (Turbow, 2010) y (Cieply, 2013) a pesar de que son los formatos físicos, debido a su precio, los que generan los mayores ingresos (Burgess, 2012).

Las *majors* prefieren adoptar una postura en la que el copyright es un derecho de propiedad muy cercano al de la propiedad tradicional. El problema es que la MPAA y otros grupos

que defienden esta postura no parecen muy preocupados por el derecho moral. Si algún derecho tiene que ser perpetuo, su interés principal es que sea la tenencia de los derechos económicos de las obras.

Ginsburg (2003:4) dice que la creatividad del autor justifica tanto sus derechos morales como los económicos pero que los verdaderos autores rara vez se benefician de su propia creatividad. Son otros, con intereses puramente económicos, los que se suelen esconder detrás de las prerrogativas concedidas al creador y no pierden el tiempo en despojarles. El copyright se convierte así en un pretexto para la avaricia.

La visión en donde se separa demasiado al autor de los derechos otorgados benefician plenamente a los intereses de estos grupos, en tanto que pretende entender al copyright como a la propiedad común, plenamente transferible (quitar el control al autor para que la empresa explote la obra de manera más eficiente), y en donde el plazo de protección tendría que tener la máxima duración posible.

Birnhack (2003:1295) opina que al considerar cual debe ser la duración del plazo del copyright, importa mucho si se entiende a este derecho desde la óptica de la propiedad, en cuyo caso cualquier protección temporal debe ser entendida como un límite a esta propiedad, o si se entiende al copyright como una creación legislativa, en cuyo caso el plazo de protección debe de ser medido y examinado teniendo en cuenta la finalidad última del copyright.

Lo anterior quiere decir que, si se pretende interpretar al copyright como un derecho de propiedad tradicional, se debe de optar por el mayor plazo posible pues la finalidad debe de ser permitir el disfrute de esta propiedad y dicho disfrute debe ser limitado lo menos posible o, no más que lo suficiente para permitir el acceso y disfrute a las obras por parte de la sociedad.

Por otro lado, si entendemos al copyright como ese instrumento creado por la legislación para motivar al autor a crear, el plazo debe de ser no más del indispensable para permitir la realización su finalidad última.

Desde esta perspectiva el plazo debe durar lo suficiente para que al autor le merezca la pena crear, es decir el suficiente para que sea compensado debidamente por su creación. Al concluir dicho plazo, las obras deben de pasar al dominio público inmediatamente para que los ciudadanos puedan no solo disfrutar de ellas, sino además crear nuevas obras en base a las anteriores.

Se le da importancia al enriquecer el acervo cultural de la sociedad al permitir que las obras pasen eventualmente al dominio público. También parece ser el único punto de vista que da la debida importancia a las excepciones al derecho de autor que sirven para proteger y fomentar los derechos del usuario, incluidos algunos derechos fundamentales. Ver al copyright solo como una propiedad puede llevar a interpretar las excepciones al derecho de autor de la manera más restrictiva posible (Easterbrook, 1990:118).

Para mantener el equilibrio del que tanto hemos hablado, se hace indispensable tener claro que solo dar importancia al aspecto de protección económica del copyright beneficia a un único grupo de personas y que no son necesariamente los autores.

### **1.3.5 La finalidad del Copyright norteamericano y su influencia en el equilibrio de intereses.**

Consideramos a los límites y excepciones como un tema central de esta tesis y hablamos de ellos más a detalle en los siguientes capítulos. Pese a esto, conviene apuntar desde ahora que su importancia reside en que permiten que los verdaderos beneficiarios de los derechos, la sociedad en general, puedan disfrutar de los contenidos en los casos en que es necesaria la protección de una serie de derechos considerados como más importantes, como la libertad de expresión, el acceso a la información, el derecho a la educación y el de acceso a la cultura y la ciencia, mientras se cumple el plazo absolutamente necesario de protección al autor.

Como ya hemos visto, el Copyright tiene un fundamento en el utilitarismo de Bentham. Es conveniente recordar una objeción al utilitarismo hecha por (Rawls, 1971). Este filósofo



norteamericano afirma que, al momento de legislar, no se pueden sacrificar los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos a cambio de beneficios sociales y económicos. La protección al derecho de autor es deseable, pero esta protección nunca debe de entrar en conflicto con los derechos fundamentales.

El ejercicio de derechos de mayor categoría no tiene que resultar en un perjuicio al disfrute de otros derechos, como el derecho moral de atribución del autor, que puede ser absolutamente respetado, aún cuando haya excepciones a los derechos que versan sobre el control de la obra, sus copias y su explotación. Claro está, también hay cabida para una compensación económica al autor que le incentive a crear.

Creemos que es positivo separar al derecho moral del autor de los derechos económicos que pueden estar en manos del mismo pero también de terceros. El primero puede, como ya se hace en el sistema continental, considerarse como inalienable y perpetuo, mientras que los derechos económicos, pueden extinguirse después de haber cumplido su función de compensar al autor para incentivarle. El respeto de los derechos morales no tendría porque conllevar un debilitamiento del dominio público, como si lo puede hacer una extensión desmedida de los derechos económicos.

Esta línea de pensamiento tiene precedente en el sistema de Copyright norteamericano, como se desprende de las palabras del magistrado White en el caso (*First National Bank of Boston v. Bellotti*, 1978) en donde expone que los intereses de las empresas que buscan el lucro “no son parte integral del desarrollo de las ideas, de la exploración mental y de la afirmación de la personalidad.”

Se puede entender que los intereses económicos de las empresas no pueden estar por encima de la libertad de expresión como ya afirmamos, ni deben estorbar la actividad creativa, que se desprende de esta.

Dicho de otra manera, los derechos económicos no deben obviar los derechos morales de los autores, ni estorbar en exceso el acceso del público a las creaciones, pues de estas se nutrirán los ciudadanos para crear obras nuevas en el futuro.

Netanel (2008:33) dice que “el copyright tiene fuertes implicaciones sobre los valores de la libertad de expresión... y el hablar del copyright en los términos de la libertad de expresión podría ser un poderoso contrapeso al poner al copyright la etiqueta de «propiedad».”

El reconocimiento de los derechos morales puede servir de contrapeso a la expansión desproporcionada tanto del ámbito como del plazo de protección en Estados Unidos.

Esta expansión desproporcionada se da, en parte, cuando se olvida el aspecto del derecho moral y se entiende a un derecho complejo como este, solo en función del potencial de riqueza económica que puede producir, es decir como un objeto más sujeto a la propiedad y a su circulación en el mercado.

Para el mismo Netanel (Ibíd.:13) el mero hecho de que el copyright sea visto como un derecho de propiedad no es motivo suficiente para que este tenga un ámbito tan amplio.

Beckerman-Rodau (2010:88) opina que la expansión desmedida del copyright se debe a un enfoque demasiado centrado en la protección de derechos de propiedad y esto ha llevado a la “sobrepotección cuando no se logra un balance apropiado entre la protección a la propiedad... (y) el derecho del público a utilizar los resultados de (las) actividades creativas...”

### **1.3.6 Recuperando el equilibrio en el Copyright recordando cuál debe de ser su finalidad.**

A la vista de todo lo expuesto, creemos nos parece claro que la legislación del copyright ha ido expandiendo su plazo y su ámbito para proteger a una industria y un modelo económico y no necesariamente para proteger al autor y así asegurar que sea justamente compensado. Dicha

expansión no parece tener nada que ver con lograr ese fin último que es el progreso de la ciencia y la cultura a través del incentivo a la creación.

El fin de contribuir al progreso de la ciencia y las artes fijado en la Constitución norteamericana podría entenderse como un círculo. En dicho círculo, en donde no se aprecia cuál es su principio y cuál es su fin, se otorga una protección limitada en ámbito y tiempo a un autor. Esto le permite recibir compensación justa por dicha creación y le motiva a crear su obra. Esta obra pasa a formar parte del acervo cultural y científico de su sociedad. Futuros autores adquirirán conocimientos y se inspirarán de este acervo e incentivados por la protección que le otorgan unos derechos concretos, crearán a su vez nuevas obras, que pasarán a su vez a formar parte del acervo y así, *ad infinitum*.

Entendemos que en ese incentivo que lleva al fin, debe de estar el aspecto económico pero sería positivo no dejar espacio para el aspecto moral, pues como hemos dicho, contribuye a mantener la perspectiva que en el derecho de autor no solo tiene a la explotación comercial de las obras como centro.

La protección económica debe de estar necesariamente limitada en ámbito y en plazo para lograr el mencionado fin y que el círculo pueda seguir girando pero no vemos porque no se podría convivir con un derecho moral. Por ejemplo, si hablamos del derecho moral a la paternidad de la obra, o atribución, Shakespeare está en el dominio público y todos podemos disfrutar de sus obras y crear a partir de ellas, pero al final, la obra de Shakespeare siempre será de Shakespeare.

Ver al copyright solamente como un incentivo económico, o verlo como un simple derecho de propiedad más, deriva en una excesiva protección tanto en ámbito como en plazo que desequilibra la balanza a favor de los intereses de quienes hacen negocio a través de controlar el acceso y uso de las obras. Esto no solo estorba el camino hacia ese fin último del copyright sino que se entromete con el ejercicio de otras libertades fundamentales.

Para ayudar a re-encontrar el equilibrio en el sistema del copyright y no olvidar su finalidad, quizás sea útil que se reconozca el derecho moral del autor, devolviéndole al centro del debate, para servir de contrapeso a esa visión en donde lo único importante es la generación del lucro para unos cuantos y no el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Todo esto no quiere decir que no deba de hacerse también un esfuerzo porque la legislación procure efectivamente que la creación de obras reporte una compensación económica y que esta compensación económica sea la suficiente para garantizar el interés de crear tantos tipos de obras diferentes como sea posible y en la mayor cantidad posible.

Quizás el sistema del Copyright se beneficie de un esfuerzo por proteger los derechos morales para todo tipo de obras a través de la legislación. Esto puede ayudar a poner al autor en el centro del debate, pues la discusión de la legislación sin duda sería de provecho. Otro beneficio puede ser brindar una mejor protección a los derechos del autor e incentivar la actividad creativa, además de servir para recordar que el fin último es el beneficio de la sociedad y no solo la ganancia económica.

La legislación del copyright debería de ser vista de acuerdo al fin para el que claramente parece haber sido establecida por su Constitución y que ha sido inequívocamente interpretado en su jurisprudencia, es decir debe buscar beneficiar a la sociedad mediante el otorgamiento de prerrogativas al autor. La legislación no debe de ser meramente un conjunto de derechos dedicados a proteger a ciertos grupos influyentes y su modelo económico.

El Copyright, de acuerdo con la finalidad así expresada en la Constitución norteamericana, existe ante todo como un medio para beneficiar a la sociedad, incluidos los autores, y solo después para proteger la obra y otorgar beneficios económicos al autor o a terceros tenedores de derechos.

#### **1.4 Finalidad del derecho de autor desde el punto de vista del derecho español.**

A diferencia del sistema del Copyright, en los sistemas continentales se suelen reconocer tanto derechos morales como derechos económicos (reproducción, comunicación pública, etc.) a

todo tipo de autores. En comparación con el sistema norteamericano, los derechos morales gozan de gran importancia y de un grado de protección mucho mayor.

Si atendemos a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, (Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes. sobre la materia; en adelante la LPI), podemos encontrar que se reconoce una variedad de derechos morales y que todos ellos son considerados como inalienables (art. 14 LPI) y algunos son además, imprescriptibles (art. 15 LPI). Se reconocen entre otros derechos a la paternidad de la obra, a la protección de su integridad, a su divulgación, a la potestad de retirarla del comercio o de acceder a un ejemplar único o raro de la misma.

La lista de España es amplia, también comparada con los derechos morales reconocidos a nivel internacional. El Convenio de Berna solo reconoce los derechos morales a la paternidad de la obra y el de integridad de la misma (art. 6*bis*). Son estos dos los que la LPI reconoce como imprescriptibles en su artículo 15.

La legislación española reconoce además distintas modalidades o derechos de explotación: los derechos exclusivos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación solo pueden ejercerse con autorización del autor (lo que guarda relación con sus derechos morales). Además, aunque la legislación española menciona específicamente estos derechos, también parece admitir la posibilidad de reconocer otras formas de explotación no enumeradas en la ley (art. 17 LPI).

En el sistema continental la protección de los derechos morales de los autores es una preocupación fundamental. La legislación los considera más importantes que los derechos económicos e incluso establece categorías entre ellos, otorgando a algunos la mayor protección posible considerándoles como derechos perpetuos.

Al extinguirse los derechos económicos, y algunos derechos morales, el que la obra pase al dominio público no implica que las obras puedan ser utilizadas de cualquier forma y que los derechos morales puedan ser obviados (Corredoira, 2012).

Ahora bien, desde el punto de vista español, ¿la robusta protección al derecho moral nos indica que su finalidad es únicamente proteger los derechos del autor sobre su obra?

Se puede decir que como sucede en el copyright ¿Solo se protege al autor para incentivarle a crear y así conseguir un único fin que es el progreso cultural y científico de la sociedad? Si aceptamos esta finalidad como única, quizás nos sea difícil entender la fuerte protección al derecho moral, tan característico del sistema.

¿Será a caso, que a diferencia del copyright, que parece tener una finalidad inequívoca, el derecho de autor español tiene una doble finalidad? ¿Es el fin último del derecho de autor dar protección al autor en los aspectos moral y económico, pero al mismo tiempo proteger al interés general?

No parece que la finalidad del derecho de autor esté tan clara en el Derecho continental. Por lo menos en España, la Constitución no establece una finalidad del derecho de autor como sí lo hace la Constitución de Estados Unidos.

En la doctrina del Derecho continental existen varias teorías sobre la naturaleza del derecho de autor. Entre ellas destacan la teoría del derecho de autor como propiedad material, el derecho de autor como derecho de la personalidad, el derecho de autor como derecho intelectual o inmaterial, el derecho de autor como derecho fundamental y la teoría del derecho de autor como monopolio de explotación, que es la más cercana a las del Derecho anglosajón.

#### **1.4.1 La naturaleza y finalidad del derecho de autor en la Constitución española.**

La Constitución española no contiene una referencia directa a la legislación del derecho de autor más allá de su artículo 149. En él se consagran las competencias exclusivas del Estado entre las

que está legislar en materia de propiedad intelectual e industrial: “el Estado tiene competencia sobre las siguientes materias... 9ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.” Sin embargo, no existe referencia directa alguna a la finalidad que se espera lograr con la protección de los derechos de los autores.

El texto constitucional alude a derechos como la producción y creación literaria, artística y técnica (art. 20.1.b CE) además de señalar los límites al derecho de propiedad (art. 33 CE); cuestiones que guardan relación con el derecho de autor si entendemos que el mismo está relacionado con la libertad de expresión y el derecho a la información o si se entiende como el derecho a una propiedad especial (tal y como está consagrado en el Código Civil español).

El art. 44 Constitucional establece el derecho a la cultura y la obligación para los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la misma y de promover la ciencia e investigación científica y técnica, especificando que esto se hace en beneficio del interés general.

El derecho a la cultura y el deber de fomentar su progreso y tutelar el acceso a la misma está referenciado además en el Preámbulo de la misma Constitución en donde “*la nación española problema su voluntad de... promover el progreso de la cultura.*” En varios artículos se ordena a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural del país (art. 9.2. CE), promover particularmente la participación de la juventud en el desarrollo cultural (art. 46 CE), el acceso a la cultura de los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 CE) y garantizar y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural de España (art. 46 CE).

Esta serie de referencias pueden hacer pensar que el derecho de autor se establece con el fin (no necesariamente el único) mandado por la Constitución, de fomentar el progreso y acceso a la producción cultural y científica del país. Obviamente, la legislación del derecho de autor influye en cómo se da ese acceso y desarrollo del acervo cultural y científico de una nación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la protección del derecho de autor como un derecho fundamental. Su art. 27.2 establece que: “el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.” Se ha planteado que la protección de las creaciones del autor es un derecho fundamental protegido por también por la Constitución, a pesar de que no existe mención expresa de ello.

Si aceptamos lo anterior como cierto, entonces la finalidad de la legislación en la materia es proteger un derecho fundamental del autor sobre sus creaciones. Como todo derecho fundamental, encontraría sus límites en otros derechos de igual o mayor categoría, como pueden ser el acceso a la cultura o la educación y por eso la legislación hace concesiones para permitir su protección.

Es necesario plantearse primero si realmente podemos considerar al derecho de autor como un derecho fundamental consagrado en la Constitución española, cosa que hacemos más adelante. Ver al derecho de autor como un derecho fundamental también implica aceptar que se trata de un derecho de la personalidad y que la Constitución también busca proteger estos derechos al proteger las creaciones del autor. Por lo menos, sería necesario dar por buena la teoría del derecho de autor como un derecho intelectual, ya que establece que el mismo tiene características dualistas.

También podríamos considerar al derecho de autor como un derecho de propiedad, si bien se trata de una propiedad especial por la protección que se da a los derechos morales del autor. En base a la teoría del derecho de autor como derecho de propiedad podría alegarse que la finalidad de la legislación en la materia es proteger al autor y a su obra debido a que estamos ante un tipo de propiedad, protegida constitucionalmente por el art. 33 antes mencionado, si bien no se puede decir que el derecho de propiedad sea considerado como un derecho fundamental.



Si aceptamos que el derecho de autor es una propiedad, entonces la existencia de límites a este derecho se justifica en la función social establecida para la propiedad, según los artículos 33 y 128 constitucionales.

Analizando únicamente la Constitución española no es posible determinar claramente cuál es la naturaleza del derecho de autor, con lo cual no podemos deducir cuál es la finalidad de la protección. Por ello es necesario analizar las distintas teorías respecto de la naturaleza del mismo, cosa que hacemos a continuación.

#### **1.4.2 Derecho de autor como un derecho de la personalidad.**

El concepto de derecho de autor como derecho de la personalidad del autor es atribuible a Kant, (1785:213) quien afirma que los trabajos creativos son una extensión de la personalidad del autor y por lo tanto, los autores tienen un derecho a recibir crédito por su autoría y determinar el tiempo, modo y forma en que sus obras son comunicadas al público.

Solo el autor puede decidir cómo y cuándo publica su obra y quien lo hiciera sin su consentimiento no solo infringe el derecho de dicho autor, además atenta contra su libertad, pues la obra no es otra cosa que sus pensamientos en un soporte y es solamente sobre ese soporte sobre el que se dan derechos limitados en el ámbito y tiempo, derechos que son meramente económicos (Ibíd.: 227).

Podemos ver la influencia de Kant en la protección de los derechos morales del autor: “Esta influencia es evidente en la generosa protección que (se otorga) a los llamados ‘derechos morales’...” (Fisher, 2001:6).

Según la filosofía de Kant, no se trata de *iuria realia*, se trata de *iuria personalia*. Un libro, soporte material de la obra, no es más que eso, un objeto material, un vehículo para plasmar el pensamiento mediante la expresión escrita de un discurso.

Aunque ese soporte se vuelve propiedad de quien lo compra, los pensamientos expresados por el autor continúan siendo propiedad de este, continúan unidos a su persona, sin importar quien compre el ejemplar o quien lo reproduzca. Las ideas no pueden ser robadas.

La otra parte de la libre expresión del autor, proviene de la esfera de su autonomía individual (la llamada esfera de la libertad kantiana) y proviene de su intelectualidad. Es una creación del intelecto que parte de una personalidad libremente desarrollada.

Es por eso que, desde una perspectiva Kantiana, el Estado debe proteger el fruto del ejercicio de esa libertad que culmina en la expresión personal que es la obra.

Según la filosofía de Gierke, la obra intelectual emana de la personalidad del autor y el reflejo de la misma es individualizado a través de la actividad creadora a la que, con carácter accesorio, se le añaden elementos patrimoniales y la obra es la expresión personal de la inteligencia del autor, la cual externaliza de manera original o individualmente suficiente y que hace apta para su reproducción (Lypszyc, 1993).

Para Yoo, (2012:2-3):

“los autores tienen una conexión tan profunda con sus creaciones que el respeto por su sentido de la personalidad requiere que se les otorgue control sobre sus obras. En esencia, las obras se tratan como una extensión de la personalidad del autor.”

Y según Vega Vega, 1990: 30): “una obra literaria cualquiera no se hubiera escrito de no haber nacido su preciso autor, en cambio las invenciones industriales hubiesen sido hechas casi todas, más tarde o más temprano, por otras personas.”

Para la jurisprudencia española (STS del 23 de marzo de 1999, RAJ 1999/2005):

“...no se puede desconocer (el aspecto del derecho de autor) de integrar un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima como sostiene algún sector doctrinal, ya que, en todo caso, proviene y deriva del hacer humano, donde se integran contenidos económicos, con el añadido de derechos morales, de tal manera que su dimensión opera personal y patrimonialmente...”

Para la teoría del derecho de autor como un derecho de la personalidad, los aspectos económicos son secundarios, y solo consecuencia de la explotación de la obra y la justificación verdadera para proteger a dicha obra es que la misma es una extensión de la personalidad del autor y por lo tanto dicho autor debe de tener la facultad de protegerla y controlarla, en tanto que así protege a su propia personalidad: su honor, su intimidad y su propia imagen.

Todo lo anterior rechaza la concepción del derecho de autor como un derecho meramente de propiedad o como un simple monopolio de explotación, pues si el derecho se reduce a un plano puramente material, se niega la importancia debida a los derechos morales del autor y por lo tanto se minimiza así la importancia de la protección a su persona. Para esta teoría, los aspectos económicos son meramente accesorios.

Además, el considerar al derecho de autor como un derecho de la personalidad permite dar sustento a las tesis que apuntan a que el mismo es considerado como un derecho fundamental. Esto implicaría que proteger a la personalidad del autor, en tanto que un derecho fundamental, es una finalidad en sí misma de la legislación.

Si la protección se limita en algunos aspectos considerados como accesorios para esta teoría (hablamos de la protección a los derechos de explotación), es porque es necesario para la convivencia de este derecho con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión de terceros o el acceso a la información.

Pese a lo dicho, como vemos a continuación, también existen argumentos para considerar que el derecho de autor no es un derecho fundamental, por lo menos no desde la perspectiva de la Constitución española.

### **1.4.3 El derecho de autor como derecho fundamental.**

Una parte de la doctrina española entiende que el derecho de autor es un derecho diferente a los derechos fundamentales de creación literaria, artística, científica y técnica.

Según García Sanz (2005:16), quien cita a López Guerra (2003), una buena parte de la doctrina sobre derecho constitucional considera que:

“mientras (los derechos del art. 20.1.b CE) son derechos de naturaleza constitucional que se completan básicamente con el propio acto de la creación y expresión sin trabajos, los derechos de propiedad intelectual e industrial son derechos sobre la obra ya creada y de naturaleza distinta.”

El Tribunal Constitucional (STC 197/82, de 2 de junio de 1982) se ha manifestado en este mismo sentido afirmando eso sí, respecto del derecho de propiedad industrial, que este “no se identifica en modo alguno con la libertad de creación científica o artística que protege el art. 20.1 b) de la Constitución...”

Sobre este artículo 20.1 Constitucional, el mismo Tribunal opina que “...el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional no es sino una concreción del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo – a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones” (STC 153, 1985 de 7 de noviembre de 1985). Entonces, el TC establece que no se está refiriendo a un derecho fundamental de protección a la obra del autor.

El Tribunal Supremo (STS 1688/1985 de 9 de diciembre de 1985) por su parte, confirma que el derecho de autor no es un derecho fundamental. En la sentencia, el Tribunal dictaminó que el derecho de autor no es esencial a la persona y por lo tanto no es un derecho de la personalidad y tampoco es el derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1 letra b de la Constitución:

*“...lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuando que no toda persona es autor; y, conlleva la necesidad de la exteriorización, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado...”*

Tanto para el Tribunal Supremo como para el Constitucional, los derechos que protegen al autor y a su obra no se encuentran incluidos entre los derechos fundamentales enumerados en la Constitución.

Así lo corrobora Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:25) al rechazar la tesis según la cual el derecho de autor es un derecho fundamental:

“...recibiendo consecuentemente el tratamiento y la protección propios de una de nuestras libertades públicas... (Pues)... tanto nuestro legislador como la doctrina han venido a admitir implícitamente que el derecho de autor no deriva directamente de la libertad de expresión (de creación), que ciertamente constituye su presupuesto, pero que no debe confundirse con aquél.”

El Supremo establece una diferenciación clara entre un derecho fundamental a la expresión artística y a la creación, que forma parte de la libertad de expresión, y un derecho especial de protección a la obra del autor.

El primero es un derecho genérico e impersonal, es decir, reconoce el derecho a que toda persona pueda expresarse por medio de una obra si así lo estima. Se reconoce una facultad a todos por igual, a pesar de que no cualquiera vaya necesariamente a hacer uso de esa facultad para crear una obra.

El segundo derecho, el derecho de autor, se define como un derecho especial que protege a quien decide crear una obra artística. Se trata entonces de un derecho específico que protege el resultado de quien decide hacer uso de su facultad para crear algo, exteriorizando esa creación en un soporte.

Quizás esto último nos permita atisbar la opinión del Tribunal en cuanto a la finalidad del derecho de autor, pues como dice la sentencia, se trata de un derecho específico que protege a quien exterioriza una obra. Hecha la exteriorización y nacido el derecho de autor, nos dice la sentencia, también nacen otros derechos que corresponden al público (STS 1688/1985 de 9 de diciembre de

1985), pero la Constitución no protege un derecho fundamental sobre la obra, protege un derecho fundamental a tener la facultad de crear una obra.

Nos dice Baño León (1988: 160-161) que “el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica no es, sencillamente efectivo sin la existencia de medidas organizativas y procedimientos que protejan la propiedad intelectual.” El autor señala así la diferencia entre un derecho fundamental (el derecho a la libre creación literaria, artística, etc.) y su garantía institucional (medidas organizativas y procedimientos para garantizar su protección, es decir, la legislación en la materia).

En base a todo lo anterior, podemos decir que la legislación del derecho de autor busca garantizar un derecho fundamental a crear y producir libremente obras artísticas, técnicas o científicas, garantizando así esta libertad de creación como parte de un derecho fundamental a la libre expresión.

Partiendo de esto, podríamos aventurar que, el derecho de autor busca fomentar la creación de obras, tanto artísticas como científicas para coadyuvar a la realización de ciertos derechos fundamentales. Para fomentar esta creación, protege la exteriorización de las obras y garantiza la compensación al creador de las mismas.<sup>12</sup> Dicha exteriorización posibilita que las obras lleguen a la sociedad en general y también garantiza un derecho al público para conocer estas obras para que la sociedad en su conjunto para beneficiarse de la difusión de las mismas; es decir, garantiza derechos fundamentales de acceso a la cultura y la ciencia y a la educación de las personas.

Pero, ¿Qué hay de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su artículo 27.2 en donde se establece el “*derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”?

---

<sup>12</sup> Artículo 10 LPI: “ Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...”

Lo establecido por dicha declaración Universal y el hecho de que la Constitución española establece que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” (art. 10 CE) parece indicar que si la declaración reconoce la protección al derecho de autor como un derecho fundamental, entonces también lo hace la Constitución nacional.

Corredoira (2012:20), agrupa al derecho de autor junto con el derecho a la cultura y:

“el derecho a compartir, gozar y participar en el progreso científico” pues para la autora “el derecho a participar (en la cultura y la ciencia) y los derechos de los autores de tales contenidos, no son dos polos antagónicos de la creación sino complementarios y mutuamente necesarios.”

García Sanz (2005:15) apunta que la “íntima conexión” del derecho de autor y su:

“naturaleza compartida con el derecho a la información, permite tratar el tema en términos de derechos fundamentales. En el caso español... queda de manifiesto por su encuadre constitucional dentro del propio artículo 20, donde se reconoce y protege al derecho fundamental a la información.”

Ambas autoras coinciden en que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la que establece al derecho de autor como fundamental y reiteran que existe un mandato constitucional (en el mencionado 10.2 CE) de interpretar los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con esta Declaración Universal.

Para Keréver (1998:23) el artículo 27 de la Declaración Universal es ambiguo pues el derecho de autor aparece “como el fragmento de un derecho más amplio a participar en la vida cultural.” Al final, este autor también piensa que los intereses de los autores deberían protegerse como derechos fundamentales, pero especifica que se refiere solamente a los derechos morales y nunca a los derechos económicos pues dice que si les da a estos más importancia de lo que ya tienen “se corre el riesgo de que se oculte la función fundamental de la creación” (Loc. Cit).

Según el mismo Keréver (Ibíd.:25), el Tribunal de Apelaciones de París considera a los derechos morales como fundamentales: “la renuncia al derecho moral es contraria al orden público internacional consagrado en el art. 27 de la Declaración Universal.” En España, también el derecho moral es de carácter irrenunciable para el autor.

A diferencia de los derechos morales, los derechos de explotación sobre las obras sí pueden ser transferidos por contrato y se extinguen después de un plazo determinado por la Ley. En base a lo visto, este tipo de derechos no pueden ser considerados como fundamentales, pues de lo contrario también tendrían el carácter de inalienables.

El que exista un derecho fundamental a la protección de la obra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos no quiere decir que necesariamente deba reconocerse como tal dentro del derecho español. A este respecto existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 36/1991, de 14 de febrero) refiriéndose al art. 10.2 CE:

“esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios...”

Lo anterior lleva a la conclusión de que la Constitución no da al derecho de autor la categoría de derecho fundamental, pues no es suficiente que la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo considere como tal para que así deba ser considerado en el ordenamiento jurídico español.

El mismo Sistema Jurídico español ofrece indicaciones de que no estamos ante un derecho fundamental pues los legisladores no han hecho de la LPI una ley orgánica (De Pablo Contreras, 2004: 240), tipo de norma que se encarga de regular el ejercicio de los derechos fundamentales.



El derecho de autor no es considerado un derecho fundamental por la Constitución y por lo tanto no podemos afirmar que la legislación busca regular la protección de derechos fundamentales. No estamos ante la regulación de un derecho constitucional a la protección de las obras y por lo tanto, creemos que no podría ser considerado como una finalidad en sí.

Sin embargo el que el derecho de autor no sea un derecho fundamental, no quiere decir que el proteger los derechos de los autores no se haga con el fin de proteger otros derechos fundamentales, como en el caso de los derechos morales, que en nuestra opinión sirven para proteger derechos relacionados con la personalidad del autor. Se puede decir que el derecho de autor es un coadyuvante de la protección de dichos derechos de la personalidad.

Más adelante nos referimos al derecho de autor y su función de contribuir a la protección de derechos fundamentales, que creemos, nos puede apuntar hacia cual es su finalidad última, de acuerdo al derecho español.

Por último, creemos necesario apuntar que existe un peligro al considerar al derecho de autor como un derecho puramente de la personalidad y por lo tanto como un derecho fundamental. Esto puede resultar en una sobreprotección de la obra, justificada en la protección de lo que se considera un derecho fundamental.

Dicha sobreprotección puede resultar por un lado, en que se haga a costa de los derechos de explotación, y de alguna manera se disminuya el incentivo a crear, que no está basado únicamente en la búsqueda de reconocimiento por parte del autor y también tiene un innegable componente económico.

La sobreprotección al autor basada en la teoría de la personalidad podría no dejar espacio para salvaguardar los intereses de los demás miembros de la sociedad ya que los derechos morales no están sujetos a límites. Si los derechos de explotación se relegan a una categoría menor, entonces las limitaciones sobre los mismos también tendrán menor impacto.

#### **1.4.4 El derecho de autor como derecho de propiedad.**

El Código Civil español se refiere en sus artículos 428 y 429 a la propiedad intelectual como una propiedad especial, ateniéndose a que una regulación específica en la materia (precisamente la Ley de Propiedad Intelectual), dicte cuáles son los pormenores de este tipo de propiedad. El Código Civil sirve para rellenar las lagunas no previstas o resueltas por dicha ley.

Dánvila y Collado (1882:12) nos cuenta que Luis Napoleón Bonaparte, escribió al director del Museo de la Industria de Bruselas: “creo como vos, que la obra intelectual es una propiedad como una tierra, una casa, que debe disfrutar de los mismos derechos, y que no puede ser expropiada sino por causa de utilidad pública.”

El artículo 33 de la Constitución española en vigor reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. El mismo artículo establece también los límites de toda propiedad, estando estos en su función social según lo establezcan las leyes. Esto refleja las ideas expresadas desde los tiempos de Napoleón.

El mismo Dánvila y Collado (Ibíd.: 11) afirma que “si la ley tiene poderío para declarar que la esencia intelectual condensada en un libro, no es propiedad de quien penosamente lo elaboró, no hay defensa posible para las demás propiedades”. Su libro, escrito a finales del Siglo XIX, ilustra cómo, la ley ha de proteger al autor, primero que nada porque la obra es producto directo del plasmar su personalidad, sus propias ideas y entonces el Estado, así como debe proteger todo tipo de propiedad, debe otorgar protección al autor y a su obra. Se establece así un deber de protección a la obra como fin en sí mismo.

Existe jurisprudencia de principios del Siglo XX que apoya lo dicho por Dánvila al declarar al derecho de autor como un derecho de propiedad particular (STS del 25 de abril de 1900 y STS del 18 de noviembre de 1903).

Como ha expuesto López Quiroga (1918:9), si la obra propiedad del autor:

“la quieren o es necesaria a otras personas o la sociedad, si la obra presta una utilidad, porque puede satisfacer las necesidades de aquellas entidades, tienen que adquirirla, o gratuitamente, si el autor se presta a ello...”, pues sin la justa compensación, “no hay razón de derecho ni de justicia que legitime tal procedimiento puesto que es axiomático el que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro...”

Desde 1915, y sobre todo después, a mediados del Siglo XX la opinión de los tribunales era que aunque el derecho de autor debía ser considerado como un derecho de propiedad, esta incluía un destacado elemento personal (ver Sentencias del 6 de octubre de 1915 y de 25 de octubre de 1945.)

La jurisprudencia española “considera el derecho de autor como un derecho fundamentalmente patrimonial, esto es, como un derecho de propiedad, sin perjuicio de las peculiaridades que derivan de sus facultades morales” (Bercovitz Rodríguez-Cano, Loc. Cit.). En dicha jurisprudencia, se resalta que en realidad el derecho de autor es un simple derecho de propiedad especial, llamada así por sus particularidades, entre las que está el derecho moral otorgado a los autores, pero siendo este derecho un derecho fundamentalmente patrimonial.

El Tribunal Supremo dice a este respecto, en sentencia del 11 de abril de 2000 (ROJ 2000/2434):

“La propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad con determinadas peculiaridades que justifican su especialidad, y que derivan fundamentalmente de la naturaleza de su objeto que es un bien inmaterial aunque respecto a ello hay que destacar que comprende no solo el derecho sobre el bien inmaterial “corpus mysticum”, sino también sobre la cosa corporal, soporte material, en el que recae el derecho –“corpus mechanicum”-, y sobre uno y otro recaen acciones correspondientes a la propiedad, debidamente adaptadas como la reivindicatoria, y acciones específicas que prevé la Legislación específica de Propiedad Intelectual.”

Si aceptamos al derecho de autor como un derecho de propiedad especial, cabría plantearse si entre las características que la hacen especial, además de la inmaterialidad, la falta de carácter individualista de este tipo de propiedad, es decir, el hecho de que se pueda disfrutar de la obra sin agotar el derecho del otro puede también entenderse como que el derecho de autor tiene “un nuevo

sentido ligado a una indeclinable función social” (Ollero Tassara, 1995: 35) que se concreta en que las obras puedan enriquecer el acervo cultural y contribuir al avance de nuestra sociedad.

Esto indica que la parte del derecho de autor considerada como un derecho de propiedad puede ser limitada para ayudar a los fines sociales fijados por el Estado. Además, porque es una propiedad especial, debe de englobar derechos limitados, puesto que parte de su razón de ser es contribuir a dicha función social de la que hablamos.

Podríamos entender a los límites y excepciones como límites a este derecho de propiedad especial pues estos buscan *equilibrar la balanza* entre los derechos del autor y de quien puede explotar la obra. Los límites se establecen en favor de los derechos fundamentales que al mismo tiempo tienen que ser respetados incluso por encima del derecho de autor, entendido como esa propiedad especial.

Cuando la obra pasa al dominio público después del plazo marcado por la ley, es por una cuestión de utilidad pública, porque la sociedad lo necesita, para enriquecer el acervo cultural o para avanzar en las políticas de educación del Estado. Sin embargo, este servicio a la utilidad pública no viene dado gratuitamente, pues se entiende que al autor ya le ha sido pagada suficientemente su obra y además, siempre deberá ser reconocido como el autor de la misma.

Por otro lado, habrá quien diga que si se trata de un derecho de propiedad, no tendría por qué tener una duración limitada pero considerar al derecho de autor así tendría consecuencias negativas para el dominio público, que debe ser considerado como otro de los pilares del derecho de autor.

Consideramos como algo negativo que el derecho de autor sea considerado como un derecho de propiedad. Pese a esto, en esta concepción vemos un indicio de que, para el derecho español, las leyes del derecho de autor tienen una doble finalidad: por un lado proteger al autor y su obra y, por otro, una ineludible función social de contribuir al interés general.

Además, como el avance de la cultura y las artes, el derecho a la educación y la protección de los derechos fundamentales son intereses públicos, el Estado debe limitar ciertos derechos del autor no sin asegurar que pueda recibir adecuada compensación, tanto a través del reconocimiento social como de la ganancia económica, por lo menos hasta que se estime que el autor ha sido suficientemente recompensado y motivado para seguir creando.

Parece claro que la tendencia de la jurisprudencia española es considerar al derecho de autor como un derecho de propiedad especial, pero propiedad al fin y al cabo. A continuación exponemos motivos que justifican que esto no debería de ser así.

#### **1.4.4.1 Razones para considerar que el derecho de autor no es un derecho de propiedad.**

No toda la doctrina está de acuerdo en considerar al derecho de autor como una propiedad especial.

La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo dice que es un error considerar al derecho de autor solamente como un derecho de propiedad, aunque tenga características especiales, puesto que también tiene otros aspectos que no pueden ser ignorados:

“...la naturaleza jurídica del derecho de autor resulta debatida, pero no se puede desconocer su aspecto de integrar un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima... ya que, en todo caso, proviene y deriva del hacer humano, donde se integran contenidos económicos, con el añadido de derechos morales, de tal manera que su dimensión opera personal y patrimonialmente en línea de concepción paleomonista” (STS del 23 de marzo de 2005, ROJ 1999/2005).

Conesa (1991: 58) refuerza esta idea: “cuando el Derecho de Autor no se reduce a un plano estrictamente material y económico, se empobrece su rico contenido; y eso ocurre precisamente cuando se le configura como derecho de propiedad.”

Esto nos lleva a una sentencia del Tribunal Supremo (STS del 9 de diciembre de 1985, ROJ 1688/1985) que apunta a otra característica del derecho de autor que no se ajusta con una concepción de este como derecho de propiedad: la necesidad de exteriorización: “... se crea o produce arte para

ser exteriorizado” y por lo tanto, el derecho de autor conlleva una necesidad de dar a conocer al público una obra.

Con la propiedad tradicional, una persona quiere la propiedad (de una casa, un automóvil) para sí, salvo por supuesto que decida enajenar el dominio de manera temporal o permanente para explotar su propiedad económicamente.

En cambio, el autor accederá a comunicar su obra, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones: que se respete la integridad de su obra y en la mayoría de los casos, con la expectativa de recibir algún tipo de compensación por haber dado a conocer la obra en público (por ejemplo, si se trata de un libro, el precio de venta de cada ejemplar, o de acuerdo con los contratos de edición que se suelen seguir hoy día, el porcentaje correspondiente para el autor y tal vez una compensación pactada con el editor).

La circulación de la obra tiene un doble beneficio: el económico (derechos de explotación) y de dar reconocimiento al autor pues el circular la obra le hará ser conocido (derecho moral).

Si como nos dice Desantes (1994:54) “... el Derecho de Autor es la primera de las instituciones jurídicas que sustenta la estructura de la información, y que por tanto, guarda estrecha relación el derecho a la información”, sería difícil ver cómo un derecho, que no es más que una modalidad del derecho de propiedad, a pesar de sus características especiales, puede servir de base para el derecho a la información que se caracteriza, entre otras cosas por el flujo de los mensajes, es decir, de la información, que en el plano del derecho de autor quiere decir la obra creada.

Parecen existir aun más diferencias identificables entre el derecho de autor y el derecho de propiedad. Una de ellas es que por lo general el derecho de propiedad está identificado con la cosa. Una persona es dueña de su cosa, de su ropa o de su teléfono móvil. No sucede así con el derecho de autor que es intangible, pues no se identifica con uno o con todos los ejemplares de una obra.

La propiedad termina si el objeto sobre el que el derecho recae desaparece. Si un coche es destruido, el derecho de propiedad sobre este termina. Si se vende a un tercero, el derecho de propiedad se transmite a este tercero y vendedor y comprador no pueden disfrutar al mismo tiempo del mismo objeto, que podríamos llamar “la cosa” material.

En cambio, los derechos sobre una obra no desaparecen con la destrucción del original o por el hecho de que todos los ejemplares sean enajenados a un tercero. Incluso transfiriendo a un editor toda potestad para publicar la obra, los derechos morales siguen siendo de su autor.

Lo mismo sucede con la utilización de la obra en comparación con la utilización de la cosa. El que uno utilice la cosa de otro, excluye al otro de la posibilidad de utilizarla. El que uno utilice la obra de otro no impide al otro utilizarla igualmente, incluso al mismo tiempo.

Esto es porque la obra protegida por el derecho de autor contiene información e ideas, cuya expresión original se protege, pero que por definición, son bienes *no rivales*, es decir, se pueden utilizar una infinidad de veces y por un número indefinido de personas sin agotarlo. Esta característica permite establecer una diferencia con la propiedad tangible (Karjala, 2012).

De hecho, la característica de inagotable que tienen las ideas y la información es lo que da sentido a la existencia de los llamados derechos exclusivos. Como por naturaleza, la información es un bien *no rival*, se hace necesario hacerlo un bien *rival* de manera artificial, es decir, legalmente excluyente, para que pueda tener un precio de mercado y se pueda así estimular su producción (Daly, 2007:105). De ahí que se otorguen derechos de explotación temporales al autor.

El derecho de propiedad es independiente del propietario. Volviendo al ejemplo del coche, en el momento en que es vendido, la propiedad es transferida a un tercero que puede a su vez venderlo a otro tercero que tendrá la propiedad del mismo hasta que decida venderlo, y así sucesivamente.

En cambio, el derecho sobre la obra nunca se desliga del autor, ni siquiera por la muerte de mismo, así lo establece el art. 15.1 LPI. Esto no se da cuando hablamos de propiedad tradicional.

La última diferencia que hemos identificado es que el Código Civil no establece que la llamada propiedad intelectual nace de una de las formas de creación de dominio establecidas en el mismo, a diferencia de la llamada propiedad tradicional (art. 609 CCE).

Todas las diferencias mencionadas quizás puedan apreciarse mejor con la ayuda de una tabla:

<b>Derecho de propiedad</b>	<b>Derecho de autor</b>
Derecho independiente del propietario	Derecho siempre ligado al autor
El derecho va ligado al objeto	El derecho existe independientemente de un objeto
El objeto por lo general, permanece con su propietario	Se busca que la obra se difunda entre el mayor número de personas posible
El bien (la cosa) es rival y excluyente	El bien (la obra) es no rival y no excluyente
Cabe entre las formas de creación del dominio dispuestas en el CC	No cabe entre las formas de creación del dominio dispuestas en el CC

Tabla: 1.1. Derecho de Propiedad vs. Derecho del autor (Fuente: elaboración propia).

Como podemos ver, el derecho de autor, a pesar de estar siempre ligado al autor, no es una cosa única, y por lo tanto no solo es susceptible de circular con facilidad, sino que también el autor desea que la obra circule, que se comunique al público pues es así como el autor podrá obtener un beneficio gracias a la misma.

Como decíamos antes, la propiedad tradicional no suele terminar con el paso del tiempo, ni el Estado exige que termine al cabo de un tiempo determinado. Esto no sucede con el derecho de autor en donde los derechos de explotación, que son los que más se asemejan al derecho de propiedad, están limitados en el tiempo. El derecho de autor “no podría entenderse sin el dominio público que constituye su antípoda, y, al mismo tiempo, su complemento” (Díaz, 2008:27).



Queda claro que el derecho de autor tiene innegables elementos patrimoniales, además de elementos personales, pero no consideramos que los aspectos patrimoniales deban resultar en que los derechos de autor deban ser considerados como un derecho de propiedad y los demás sean solo vistos como accesorios a dicha propiedad.

Por todo lo anteriormente enumerado consideramos que seguir pensando en el derecho de autor como un derecho de propiedad tradicional es una concepción desafortunada que no atiende a la esencia de lo que es este derecho y de alguna manera, lo desvirtúa.

A raíz del análisis anterior, no nos parece que se pueda explicar la naturaleza del derecho de autor solamente como un derecho de la personalidad, o un simple derecho de propiedad. Por lo tanto, se hace necesario analizar otras teorías sobre su naturaleza.

#### **1.4.5 Derecho de autor como monopolio de explotación.**

En principio, esta es la teoría de la naturaleza del derecho de autor que parece más compatible con la justificación utilitarista que el derecho anglosajón da a la protección bajo el sistema del Copyright. Se puede definir como “...un monopolio temporal que otorga la norma reguladora para que el creador o artífice de una obra saque de ella ganancias o provecho económico” (Canaval Palacios, 2008:38).

La idea del derecho de autor como monopolio temporal convive muy bien con la idea del dominio público, si entendemos a este como un espacio para elementos (como las ideas y la información) que no pueden ser protegidos por la legislación, o para obras cuya protección ha expirado después del plazo por el que la ley otorga el monopolio temporal.

Pero, al igual que en la teoría del derecho de autor como un derecho de propiedad, se otorga más importancia a los aspectos económicos de la protección otorgada al autor sobre su obra. Como bien dice su nombre, se centra en garantizar la exclusividad en la explotación de la obra para obtener lucro, dejando de lado el derecho moral. Esta teoría falla, como la concepción del derecho de autor

como un derecho de propiedad, en dar valor adecuado a otros elementos no materiales presentes en la protección de las creaciones del intelecto.

Por lo mismo, no se puede hablar de que esta teoría pueda ser aceptable desde el punto de vista del derecho de autor como se concibe en España y la mayoría de los países del derecho continental, puesto que en estos, el centro de la protección suele ser, por lo menos en cuanto a la teoría se refiere, el derecho moral.

Además, las teorías que defienden al derecho moral no son incompatibles con el dominio público. A pesar de que los derechos de atribución y de respeto a la integridad de la obra son imprescriptibles, estos no afectan a la libre circulación y utilización de las obras cuando ya no están sujetas a derechos de explotación y aún cuando las obras ya han pasado al dominio público, quien las utiliza tiene la obligación de respetar dichos derechos.

#### **1.4.6 Derecho de autor como un derecho intelectual.**

Esta teoría nace como un rechazo tanto a la teoría del derecho de autor como un derecho de propiedad, como a la teoría del derecho de autor como un derecho de la personalidad. Se considera que dividir al objeto inmaterial de la protección en derechos reales y/o personales es insuficiente para explicar la naturaleza verdadera del derecho de autor y por lo tanto, el derecho de autor se encuentra fuera del ámbito jurídico de los derechos reales y los personales.

Según nos dice Loredó Hill (1998:24), Picard (1873) fue quien propuso esta teoría en la que se considera que los derechos intelectuales “... son de naturaleza *sui generis* y tienen por objeto las concepciones del espíritu en oposición a los derechos reales, cuyo objeto son las cosas materiales.”

Se considera que los derechos dentro de esta categoría tienen características y naturaleza propias y están encaminados a la protección de las creaciones del espíritu y del talento.

#### **1.4.7 Teoría dualista o eclética del derecho de autor.**

Piola-Caselli (1927) también de un derecho *sui generis* pero de naturaleza mixta y que tiene por tanto un carácter dualista, que consta de dos elementos: uno de tipo espiritual, el derecho moral, relacionado íntimamente con la personalidad del autor de la obra; el otro es un elemento de carácter material o económico, y es el derecho patrimonial.

En base a esta teoría, el derecho de autor tiene elementos tanto personales o inmateriales como económicos o materiales, de ahí que también se le conozca como teoría ecléctica del derecho de autor. A diferencia de lo propuesto por Picard, no es necesario crear una nueva categoría de derechos.

Se trata de “un derecho de dominio sobre un bien intelectual, y que dada su especial naturaleza abarca en su contenido facultades de carácter personal y de carácter patrimonial, por lo que debe ser calificado como un derecho personal-patrimonial” (Salazar Reyes-Sumeta, 2010:59).

Esta teoría puede tener su fundamento en lo siguiente: “los derechos morales y patrimoniales pueden, en su esencia, ser diferenciados en cuando a sus objetivos, esperas de aplicación, destino, nacimiento y extinción” (Zapata López, 2005:5).

Según Goite Pierre, 2011:209): “la distinción dualista es aceptable solo desde un punto de vista pragmático porque, sin necesidad de generalizar sus resultados, consigue una relativamente precisa descripción de los bienes jurídicos.”

#### **1.4.8 La naturaleza del derecho de autor y la necesidad de que incluya al interés público.**

En ningún país “puede establecerse un criterio concluyente sobre la base del análisis de sus legislaciones, en las que se encuentran trazas, aunque sea en artículos concretos, de la teoría contraria” (Roselló Manzano, 2011:35), incluida España, en donde como ya hemos visto, prevalece la teoría monista, pero se suele hablar de los derechos morales del autor.

En nuestra opinión, cualquier concepción del derecho de autor que de importancia tanto a los aspectos morales como a los aspectos de explotación del derecho de autor debe de ser aceptada siempre y cuando también sean tomados en cuenta los aspectos sociales y de interés público que tiene el derecho de autor.

Nos parece que aceptar que el derecho de autor tiene una naturaleza dual es la mejor forma de admitir la protección del interés público pues de esta manera se es posible que se le reconozcan características que van más allá de las de un simple dominio. Un derecho de autor entendido como derecho de propiedad puede limitarse a través de la legislación, pero como hemos dicho, una concepción que ve al autor como una simple propiedad falla en entender su verdadera dimensión.

Todo, en conjunto, forma parte del sistema del derecho de autor que se compone de derechos morales y patrimoniales y que además debe establecer límites a los derechos de explotación y medidas que favorezcan al dominio público. Esto permitirá que el sistema por lo menos aspire a un equilibrio que le permita funcionar correctamente y balancear los intereses de todas las partes involucradas.

El que el derecho de autor funcione mejor atendiendo a su naturaleza dual nos apunta a que el mismo puede tener más de una finalidad. Creemos que puede argumentarse que la protección de derechos morales y derechos de explotación puede servir también para avanzar finalidades públicas, sobre todo en la faceta de los mismos que les permite cooperar con la protección de los derechos fundamentales en la forma que exponemos en el siguiente apartado.

#### **1.4.9 Derecho de autor como coadyuvante en la protección de los derechos fundamentales.**

La Constitución protege un derecho fundamental a la expresión artística y a la creación científica, que, sin ser un derecho fundamental por sí mismo, forma parte de un derecho fundamental, la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 Constitucional.

La libertad de expresión está reflejada en el derecho a expresar y difundir libremente las ideas mediante la palabra, ya sea escrita o por cualquier otro medio. Esta expresión plasmada en un soporte es precisamente a la que alude el artículo 10 LPI que ya hemos mencionado y que está protegida por el derecho de autor. El derecho de autor protege a la obra, resultado de ejercer ese derecho fundamental a expresar y difundir libremente ideas mediante la creación.

Dicha libertad de producir y crear obras, también implica la capacidad de difundirlas para beneficio de toda la sociedad pues es con esta difusión que el autor puede expresar su sentir o pensamiento plasmado en la obra. Por ello la LPI protege a la obra a partir de que su difusión es posible, es decir a partir de que es exteriorizada por su autor, que generalmente la plasmará en un soporte.

Las libertades para crear y para difundir las obras también están relacionadas con la libertad de información, entendida desde el derecho a la información, que implica no solo el derecho a difundir la información, sino también a recibirla (Desantes, 1992:43-44). El derecho de autor contribuye a proteger la libertad de expresión y también la libertad de información, “dos derechos distintos que están íntimamente conectados...” (Estrada Cuzcano, 1998:36).

El que las obras sean difundidas para el beneficio de la sociedad se relaciona directamente con otro derecho fundamental, el derecho a la educación (art. 27 CE). La posibilidad de los ciudadanos para difundir y acceder a las obras del intelecto es esencial para cumplir el mandato constitucional que los poderes públicos tienen para promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44 CE).

Entendida de esta manera, la protección que se da al autor y a su obra no es un derecho fundamental en sí mismo, pero busca otorgar derechos sobre la obra creada para así coadyuvar a la garantía de otros derechos fundamentales. Estos derechos están relacionados directamente con la

obra en cuanto a que la misma es resultado de la libertad de creación, y en cuanto a que su fomento se procura mediante el incentivo a la creación y difusión de las obras creadas.

A continuación exponemos cómo tanto derechos morales como patrimoniales pueden servir para garantizar distintos derechos fundamentales. Esto nos permite valorar que entre las finalidades de la protección también está el interés general.

#### **1.4.9.1 Protección de los derechos morales para garantizar derechos fundamentales.**

De acuerdo con su artículo 14, La Ley de Propiedad Intelectual española vigente protege los siguientes derechos morales que establece como irrenunciables e inalienables:

- “1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*
- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*
- 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*
- 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación...*
- 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda...”*

El derecho de autor acota su ámbito de protección para definir quién es el autor de una obra determinada y permitirle reclamar los derechos que por esto le corresponden, sean morales o económicos. Al mismo tiempo, la protección de estos derechos morales sirve para contribuir a la protección de sus derechos fundamentales.

Podríamos afirmar que estos derechos morales se protegen para que el autor pueda ser reconocido y disfrute del prestigio que le trae su obra, así se incentiva la creación que tiene efectos positivos en los derechos fundamentales que hemos mencionado en el apartado anterior.

El reconocimiento del autor se asegura mediante la protección de su derecho a que se le reconozca la paternidad, también llamado de atribución de la obra, que por otro lado sirve para proteger su derecho al honor y a la propia imagen estableciendo con claridad qué expresiones y palabras concretas pertenecen al autor.

El derecho de autor rehúsa proteger ideas o hechos pues estos son de todos y a la vez no son de nadie. Es imposible atribuir un hecho o una idea a un autor en concreto. Pero el derecho de autor protege expresiones concretas de ideas o hechos y así puede diferenciarlas unas de otras y así puede atribuir las a sus autores. Mediante la atribución, el derecho de autor también protege la libertad de expresión pues se permite así que una persona exprese su pensamiento de una manera concreta y en la forma que esta persona elija.

El derecho a la integridad de la obra también permite proteger a la misma la libertad de expresión del autor, asegurando que la obra no se tergiverse o se mutile de tal forma que se termine impidiendo que el autor transmita lo que pretende transmitir.

Por la protección que la integridad de la obra proporciona al mensaje que el autor quiere transmitir, se puede decir que también se protege el derecho a la libertad de información, que como hemos dicho, a pesar de ser diferente de la libertad de expresión, ambos derechos están estrechamente relacionados.

El derecho a la integridad de la obra sirve también para proteger el honor y la propia imagen del autor cuya reputación puede verse dañada cuando la obra es modificada de tal forma que atenta contra la reputación del autor o distorsiona lo que el mismo permite transmitir a través de su creación.

El derecho que permite al autor decidir sobre la divulgación de su obra, protege a la intimidad del autor, que puede decidir durante toda su vida si desea, cuándo y en qué forma, externalizar sus ideas y pensamientos plasmados en la obra, sin que nadie pueda hacerlo por él.

El derecho moral también le da al autor la facultad de decidir si quiere que la obra se divulgue bajo su nombre o no, lo que también protege su intimidad, cuando elige que su identidad permanezca oculta.

De la misma forma, la potestad de modificar la obra (siempre que se respete el derecho de terceros), permite al autor proteger su reputación y honor, pues tiene derecho a retractarse de lo dicho o de corregir lo dicho. De esta manera, el derecho moral también contribuye a permitir la libertad de expresión. Lo mismo puede decirse del derecho a retirar la obra del comercio porque el autor haya cambiado sus convicciones.

A esto nos referíamos cuando decíamos que, aunque algunos opten por no considerar que el derecho de autor sea un derecho de la personalidad, sí se puede afirmar que el derecho de autor ayuda a proteger los derechos de la personalidad, mediante el derecho moral.

Premiar al autor, protegerle contra la censura y asegurar la divulgación de la obra tendrá efectos positivos en los derechos de acceso a la cultura y la ciencia, a la educación y a la información con lo que la protección del derecho moral también sirve para proteger los derechos fundamentales de otros ciudadanos.

Sin embargo, una sobreprotección de los derechos morales afectaría negativamente a todos los derechos fundamentales que hemos mencionado.

Por ejemplo, interpretar sesgadamente el derecho a la integridad de la obra de tal manera que impida una traducción, una adaptación o la parodia supone un efecto negativo para la libertad de expresión, el derecho a la información o el acceso a la cultura. De ahí que sea importante diferenciar el derecho a la integridad de la obra, que no puede ser sujeto a límites, con el derecho a la transformación de la misma, un derecho de carácter patrimonial que sí puede ser limitado por la Ley.

El dar demasiada preeminencia a los derechos morales de tal manera que constriñan a los patrimoniales, podría también terminar por impedir que exista un mercado que de beneficios



adecuados a los autores, lo que terminaría por desincentivar la creación y la inversión en la misma. Esto resultaría en efectos negativos tanto para la cultura como para la libertad de creación y expresión, y el derecho a la información.

Se hace patente pues, la necesidad de que la legislación del derecho de autor busque el equilibrio de las necesidades de los distintos intereses que confluyen: los del autor, los de la sociedad y los de terceros que buscan explotar las obras.

#### **1.4.9.2 Protección de los derechos económicos para garantizar derechos fundamentales.**

Así como se protegen derechos morales, también se protegen los derechos de explotación de la obra que son los que tienen un carácter económico. El artículo 17 LPI otorga al autor derechos exclusivos de “*explotación de su obra en cualquier forma, y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación...*”

Se protegen derechos de carácter económico para qué, aunque el autor no siempre pueda procurar su sustento a través de lo creado, por lo menos tenga incentivo suficiente para crear y externalizar la obra.

Dicha externalización o publicación de la obra es la que permitirá al a sociedad en general conocer la obra difundida, y beneficiarse de esta. Se ayuda a la garantía de derechos como el derecho a la educación y a la información y el acceso a la cultura y la ciencia.

La misma legislación, sabedora de que una excesiva protección de estos derechos económicos puede afectar el goce de los derechos fundamentales en lugar de garantizarlos, ha establecido límites y excepciones a estos derechos de explotación. (arts. 31 y ss. de la LPI).

Al respecto, Rengifo García (2008:5) nos dice:

“Si existe alguna institución verdaderamente razonable y tendente a lograr un justo equilibrio entre los derechos exclusivos... y la sociedad, es precisamente la institución de los límites y

excepciones al Derecho de Autor en la medida en que ellos buscan que por ciertas y precisas razones de cultura e información, se pueda usar la obra sin autorización de su titular.”

Existen límites específicos para proteger a la libertad de expresión como en el caso de la parodia o el límite de cita. Tenemos límites, como el mismo de cita y el de ilustración de la enseñanza que sirven además para garantizar derechos como el acceso a la cultura, a la información o el derecho a la educación.

Hablamos a detalle de los límites en el capítulo 3, centrándonos en particular en los de cita e ilustración de la enseñanza, por su importancia en relación con el derecho de la información, en el capítulo 4.

Además, se limita la duración de los derechos de explotación. El final del plazo de protección, garantiza el paso de las obras al dominio público y con eso se pretende proteger la libertad de expresión (así nadie podrá impedir la reproducción de su obra por intereses personales); y el acceso a la cultura, el derecho a la información o el derecho a la educación (el no pagar por los derechos de explotación contribuye al abaratamiento del acceso a los bienes culturales).

Toda obra se crea gracias al aporte que el creador obtiene del acervo cultural de su sociedad y todo nuevo avance científico parte de los avances que vinieron antes. Para fomentar esta libertad de creación, que no es otra cosa que la libertad de expresión, es necesario hacer ambas cosas: proteger a los ciudadanos que adquieren la categoría de autores y fomentar los otros derechos que corresponden a todos los ciudadanos por igual, sean autores o no.

El que la legislación no alcance un equilibrio adecuado y se dé demasiada preeminencia a los derechos económicos afectaría directamente a los autores y a sus derechos fundamentales (en relación con sus derechos morales) y también a los derechos fundamentales de la sociedad en general como beneficiarios de las creaciones del intelecto.

Como ya expusimos en el apartado referente al equilibrio y finalidad de la legislación del copyright norteamericano, hoy más que nunca, el equilibrio parece inclinarse en favor de quienes son tenedores de estos derechos de explotación, que en la mayoría de los casos no son los mismos autores. Por ello es importante que la legislación no de una importancia excesiva a los derechos de explotación, mucho menos si es en detrimento de los derechos de los demás involucrados.

En los ya mencionados casos de SOPA, PIPA y ACTA, dicha legislación, servil a los intereses de un solo grupo (dejando de lado al usuario y muchas veces al mismo autor) puede afectar gravemente al disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el derecho español casos como el de la llamada Ley Sinde evidencian esta desmedida influencia de grupos con intereses puramente económicos sobre las creaciones del autor que amenazan con romper definitivamente el equilibrio que debe existir en este tipo de derechos. Conviene leer a Horten (2013:146-166).

Eso nos lleva a pensar que los mismos problemas traídos por la falta de equilibrio en la legislación norteamericana tienen incidencia en la legislación nacional española y pueden apartar a dicha legislación del mencionado equilibrio.

Es necesario que como ciudadanos nos mantengamos vigilantes y no dejemos que la protección desmedida de los derechos económicos de unos cuantos vayan en detrimento de los derechos de los demás miembros de la sociedad.

Como hemos expuesto, la legislación del derecho de autor puede ayudar, si está lo suficientemente equilibrada a la realización y garantía de nuestras libertades fundamentales y derechos más esenciales, tanto a través de los derechos morales, como de los derechos de explotación y sus límites.

#### **1.4.10 Doble finalidad de la legislación del derecho de autor española.**

No se puede decir que exista consenso sobre la naturaleza del derecho de autor en el derecho español. Tampoco en el derecho continental. Como esto no está del todo claro, la legislación del derecho de autor no parece tener una finalidad tan inequívoca como la del copyright norteamericano.

Quizás, como la naturaleza del derecho de autor puede ser interpretada de maneras diferentes, se puede hablar de que el derecho de autor en el sistema continental tiene finalidades diferentes, que coexisten. De hecho, para un sector de la doctrina, y para organizaciones internacionales como la OMPI parece que el derecho de autor tiene una clara función doble.

Palacios López y Antequera Hernández (2000:100) consideran que:

“la propiedad intelectual tiene como fin propiciar el desarrollo cultural, económico y social de un países, pues representa un importante apoyo a la creatividad artística, la innovación técnica y la modernización comercial. Asimismo, fomenta las sanas prácticas de comercio, en la medida en que reconoce un privilegio temporal otorgado bajo estrictos criterios y condiciones, a los creadores intelectuales en los ámbitos artístico y literario o en el de la industria y el comercio, con el propósito de que puedan obtener un beneficio económico, en virtud de su esfuerzo.”

La OMPI coincide en que el derecho de autor parece tener dos metas, al describir su misión: por un lado desarrollar los avances culturales y científicos, es decir motivar a la creación por el bien de todos y también recompensar a los artistas por sus creaciones (WIPO Intellectual Property Handbook, 2004).

En el caso del Derecho español, también parece claro que no se otorga una protección a la obra del autor para conseguir un único fin de beneficiar a la sociedad y la doctrina también refleja esa doble finalidad de la legislación.

Para García Sanz (2005:54), la finalidad es “garantizar al autor, a cambio de dar a luz a su creación, derechos exclusivos que le permiten excluir a otros en el mercado, a comercializar y acceder a su obra si no es mediante precio o en las condiciones que determine.” Se otorga una

protección al autor para que este difunda su obra y que esta enriquezca el acervo cultural de la sociedad.

Según Bondía Román (1988:21-22), el derecho de autor busca mantener el equilibrio del que hemos venido hablando pues su objetivo es:

“...dar solución a una serie de conflictos de intereses entre los autores de las creaciones intelectuales, los editores y demás intermediarios que las distribuyen y el público que las consume.” Y la Propiedad Intelectual debe entenderse “como mecanismo legal para ordenar la vida cultural y científica de una nación; o un método para enlazar el mundo de las ideas y el mundo del comercio; o un instrumento para favorecer la variedad y el pluralismo en una sociedad.”

Como ya hemos dicho, no es algo positivo entender al derecho de autor como un derecho de propiedad, a pesar de tener límites en el interés social, pues esto desvirtúa su esencia y corre el peligro de ser entendido como un simple derecho que permite la explotación económica de un bien.

Aunque no podamos afirmar, como ya vimos, que el derecho de autor es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español; si podemos afirmar que guarda estrecha relación con los mismos en cuanto a que, dada su función social, debe de servir como coadyuvante de los derechos fundamentales.

Se puede decir que el derecho de autor en el sistema español admite una doble finalidad. Una finalidad es proteger al autor y su obra, que es un fin en sí mismo, pues así garantiza ciertos derechos fundamentales del autor e incentiva la creación mediante la protección de los derechos patrimoniales. La otra finalidad es contribuir al bienestar de toda la sociedad en su conjunto, pues la protección tanto de derechos morales como económicos permite a su vez ayudar a garantizar ciertos derechos fundamentales de todos sus miembros.

Podemos ver que ambas finalidades no son para nada incompatibles y que se defiendan los derechos de unos y de otros depende del equilibrio alcanzado por la legislación vigente. Dicho

equilibrio, cuando existe, permite dar adecuada protección a libertades y derechos de unos y de otros lo cual indudablemente trae beneficios para la sociedad en su conjunto.

<b>Si protegemos:</b>	<b>También protegemos o fomentamos:</b>
Derecho moral de atribución (Respeto a la paternidad de la obra)	Derecho al honor y la propia imagen Libertad de expresión (que implica a su vez el acceso a la información, a la educación y acceso y participación a la cultura y la ciencia).
Derecho a la integridad de la obra	Derecho al honor y a la propia imagen Libertad de expresión Libertad de información (Ambos están relacionados entre sí e impactan positivamente en otros derechos que benefician a toda la sociedad en su conjunto)
Derecho a decidir sobre la divulgación de la obra y derecho a determinar si la obra se divulga bajo seudónimo o anónimamente	Derecho a la intimidad (Protege la personalidad del autor).
Derecho a modificar la obra y derecho a retirar la obra del comercio	Libertad de expresión Derecho al honor y a la propia imagen
Derechos económicos (Mediante el incentivo a la creación)	Libertad de expresión. Acceso y participación a la cultura y ciencia. 100 Derecho a la educación. Derecho a la información.

Límites y excepciones a los derechos económicos	Libertad de expresión. Acceso y participación a la cultura y ciencia. Derecho a la educación. Derecho a la información.
Limitar en el tiempo la protección de los derechos económicos y ciertos derechos morales que no se transmiten <i>mortis causa</i>	Libertad de expresión. Acceso y participación a la cultura y ciencia. Derecho a la educación. Derecho a la información.

Tabla: 1.2. Derechos de autor y los derechos fundamentales que protegen.(Fuente: elaboración propia).

El derecho de autor y los derechos fundamentales no solo coexisten sino que se complementan, forman parte de un ciclo en donde el garantizar un derecho sirve para fortalecer al otro.

La legislación no puede seguir avanzando hacia una situación en la que simplemente prime el beneficio económico que producen las obras creadas y se dejen de lado tanto los derechos morales de los autores como los derechos de los usuarios pues el equilibrio entre todos estos derechos contribuye a la garantía de los derechos fundamentales en nuestra sociedad.

### **1.5 Puntos de encuentro entre la finalidad del copyright y la finalidad de la legislación del derecho de autor española.**

Aunque se trata de sistemas jurídicos diferentes y con concepciones diferentes sobre su finalidad, ambos tipos de legislación en materia de derecho de autor buscan el beneficio de la sociedad.

Para el derecho norteamericano, a nivel constitucional, la finalidad del derecho de autor es única e inequívoca: contribuir al progreso de las artes y las ciencias. Se busca lograr este fin

otorgando cierto beneficio temporal al autor para incentivarle a crear y así procurar el progreso científico y cultural de su sociedad.

No se está ante un derecho natural o fundamental y tampoco ante un derecho real de propiedad, se trata de un monopolio temporal otorgado al autor como así lo respaldan su jurisprudencia y doctrina.

El sistema español, otorga una doble protección a los autores. Uno de esos aspectos de la protección es el derecho moral, con el que busca ayudar a proteger los derechos fundamentales mediante la protección de la personalidad del mismo que además busca incentivarle a crear mediante el reconocimiento social que viene con ser identificado con su la expresión particular de ideas y hechos, la obra.

El otro aspecto es un aspecto patrimonial, que otorga derechos exclusivos para explotar económicamente las obras, e incentivar así la creación y divulgación de sus obras que contribuye así a garantizar también los derechos fundamentales de la sociedad a través de los beneficios que trae el avance científico y cultural de toda la sociedad.

Ambos sistemas buscan el beneficio de la sociedad mediante el avance de las artes y las ciencias y en la legislación hay y debe haber cabida para proteger los intereses de todas las partes. Es necesario jerarquizar estos intereses para no apartarse de unas finalidades en beneficio de otras.

Opinamos que en esta jerarquía debe de estar en primer lugar, el bien común de todos los ciudadanos a los que contribuyen las obras creadas que enriquecen el acervo cultural y científico. En segundo lugar, debe de estar la protección de los derechos de quien ha creado las obras, en especial los derechos que ayudan a proteger sus libertades fundamentales y por último deben de estar los derechos meramente económicos que aunque también coadyuvan a las libertades fundamentales proveyendo un incentivo necesario para crear, si adquieren demasiada prominencia, terminan por afectar al bien común y a los mismos autores.



Tomemos el caso del derecho norteamericano. La protección al derecho moral es débil y por lo tanto la figura del autor está prácticamente ausente del debate. Esto ha hecho cobrar demasiada preeminencia a los intereses económicos en detrimento de los intereses de la sociedad en general e incluso de sus derechos fundamentales, incluidos los del autor.

Lo anterior no quiere decir no deba buscarse el equilibrio entre todos los intereses, pues debemos recordar que una exagerada protección del derecho moral, que afecte a los derechos de explotación también afectará al interés general, pues dejará poco lugar para limitar dichos derechos económicos que de cualquier forma sirven para defender ciertos derechos fundamentales.

## **1.6 Conclusiones al capítulo.**

En el presente capítulo hemos intentando analizar cuál es la finalidad del derecho de autor. Optamos por comparar la finalidad desde la perspectiva del copyright norteamericano y la perspectiva del Derecho español.

Elegimos a EEUU porque de los países que utilizan el sistema del derecho del *Common Law* anglosajón, es posiblemente el más influyente en la actualidad tanto por la influencia que su manera de legislar tiene sobre todo en las disposiciones relativas a Internet y también porque poseen una industria cultural potente respaldada por grupos de presión que parecen tener una fuerte influencia en el derecho de autor tanto a nivel nacional como internacional.

Hemos elegido al derecho de autor español como el representante del derecho continental porque esta tesis se hace desde una Universidad española por lo que es la legislación que le afecta directamente y porque sin duda es un país idóneo para hacer la comparación.

El derecho de autor español se ve afectado por Tratados Internacionales como el Convenio de Berna, que también afectan al derecho de EEUU y también debe de responder a lo dispuesto en varias Directivas Europeas, siendo la principal la Directiva 2001/29/CE, también conocida como Directiva Infosoc. Además, pretendemos analizar el sistema del derecho de autor principalmente

desde el derecho español, culminando en un análisis de lo que la legislación actual implica para los límites al derecho de autor en la Universidad española y presentamos alguna posible solución.

Definir dicha finalidad o finalidades con claridad, y desde el punto de vista de ambas tradiciones jurídicas, nos permitirá analizar al derecho de autor en general, y particularmente a las disposiciones relativas a sus límites y excepciones desde dicha perspectiva y nos habilitará para determinar si la legislación busca o no dichas finalidades o por el contrario si se olvida o no contribuye a la realización de alguna de ellas. A lo largo de todo este trabajo contrastaremos en múltiples ocasiones a la legislación con la finalidad que creemos debe de buscar.

Preliminarmente, hemos decidido que en todo este trabajo preferíamos utilizar el término “derecho de autor” para referirnos a esta rama del derecho, en detrimento de “propiedad intelectual” que sabemos que es el más utilizado actualmente en España, empezando por la legislación vigente.

Uno de los motivos es que parece anticuado referirse al derecho de autor como propiedad intelectual pues a nivel internacional, propiedad intelectual suele abarcar tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial. Además, nos interesa establecer que en esta tesis no tocamos nada relacionado con la propiedad industrial.

El otro motivo es que creemos que una denominación incorrecta, que se refiere al derecho de autor como una “propiedad” puede afectar en la percepción de lo que debe de ser el derecho de autor y por lo tanto incidir sobre lo que el legislador entiende debe de ser su finalidad, lo que puede tener como consecuencia que las disposiciones legales adoptadas en la materia tiendan a regular al derecho de autor de manera análoga a como se regula la propiedad tradicional.

En el apartado correspondiente de este capítulo vimos que en España se entiende al derecho de autor como un derecho de propiedad especial con aspectos que protegen a la personalidad del autor, lo que, estrictamente, implica que utilizar el término “propiedad intelectual” es correcto en el contexto del derecho de autor español. Sin embargo, de todas maneras optamos por el otro término

puesto que como también exponemos, creemos que la concepción del derecho de autor como un tipo de propiedad debe de ser rechazada.

Otra cuestión preliminar que abordamos es la de la falta de equilibrio en los intereses de las partes interesadas en la protección que otorga el derecho de autor, en concreto autores, terceros tenedores de derechos sobre las obras y el interés general en el que deben estar incluidos tanto los ciudadanos (usuarios si hablamos de Internet) y el mismo Estado puesto que el bien común y la defensa de los derechos fundamentales están entre sus finalidades.

Aunque algunos autores aseguran que el equilibrio existía antes y se ha roto definitivamente con la irrupción de las nuevas tecnologías, la realidad es que la tensión entre los distintos grupos de intereses siempre ha estado ahí. Por supuesto, los avances tecnológicos siempre lo han puesto a prueba, desde la imprenta hasta Internet.

Se suele culpar a Internet de romper la balanza, pero en realidad, lo que parece haber roto por completo el equilibrio son las normas que han intentado regular al derecho de autor en Internet.

Legislación como la que impone la regla de los tres pasos, y las formas de interpretar a la misma, y las medidas relacionadas con las medidas tecnológicas de protección son las que han terminado por inclinar la balanza en favor de los tenedores de los derechos de explotación sobre las obras.

Muchos de esos tenedores, como se sabe, pertenecen a una industria dedicada a la explotación de dichos contenidos y el que la balanza se haya inclinado a su favor nos parece especialmente peligroso. Si la sociedad no tiene acceso a las obras creadas, esto llevará al empobrecimiento generalizado del conocimiento y la cultura, y posiblemente de la creación de nuevas obras.

Si el equilibrio ha desaparecido, o por lo menos está más acentuado en la actualidad, y las perturbaciones causadas por la tecnología siempre han estado ahí, podemos decir que la pérdida del equilibrio es consecuencia de que, con el paso del tiempo, la legislación del derecho de autor ha

perdido el rumbo y se ha olvidado de cuales deben de ser sus finalidades, o por lo menos se ha dedicado a perseguir unas, en detrimento de las demás.

Todo lo anterior nos llevó a preguntarnos cuál debe de ser la finalidad, o finalidades, que la legislación del derecho de autor debe perseguir.

### **1.6.1 La finalidad del derecho de autor de acuerdo al copyright norteamericano.**

Desde el principio, la finalidad del derecho de autor para el copyright parece estar clara. La Constitución norteamericana establece que el Congreso tiene el poder para promover el progreso de las ciencias y las artes, mediante la concesión de un derecho exclusivo a autores e inventores sobre sus escritos o descubrimientos. Dicho derecho exclusivo deberá de ser por un tiempo limitado.

La jurisprudencia norteamericana también estableció con claridad dicha finalidad desde el principio y hemos presentado varias sentencias que la enuncian y la definen.

Una de las decisiones de la Suprema Corte que lo ha dejado más claro es el asunto *Twentieth Century Music Corp v. Aiken*, en donde se dice que el copyright tiene una finalidad inmediata que es asegurar al autor una justa compensación por su actividad creativa; pero también una finalidad última, que es estimular la creatividad artística por el bien público en general, mediante dicha promoción del progreso de las ciencias y las artes de las que habla la Constitución.

El copyright tiene una perspectiva basada en la teoría económica del utilitarismo y pone en el centro al bienestar de la sociedad, que se beneficia de las obras creadas mientras que tanto autor como tenedor de los derechos son simples medios para lograr la finalidad última de avanzar las ciencias y las artes.

Como analizamos, quizás dicha interpretación haya puesto al autor a un segundo plano, que solo recibe protección para sus obras como un medio para conseguir un fin y se olvida casi por completo cualquier tipo de protección a los derechos morales sobre la obra y de preservar el vínculo del autor con la misma. De hecho, durante el capítulo exponemos la teoría de que el fortalecer la

protección a los derechos morales del autor serviría para que el copyright no se olvide de su finalidad última, devolviendo al centro de la cuestión intereses distintos de los puramente económicos.

Este papel, llamémosle discreto, del autor en el sistema del copyright, ha posibilitado que los tenedores de derechos de explotación distintos del autor hayan logrado adquirir una posición importante e influyente, debido a la gran cantidad de beneficio económico que son capaces de generar.

Las industrias que se dedican a la explotación de los contenidos, son las que más se benefician de una protección dilatada de los derechos patrimoniales, de una ampliación en el ámbito y objeto de la protección y de una férrea protección de las obras protegidas, que permita pocos usos no autorizados de las obras y libres de pago. Un ejemplo claro parece ser la doctrina del *fair use* cuya premisa es que toda utilización sin autorización está prohibida salvo que pueda probarse que se ha hecho un uso justo, lo cual generalmente se determina juzgando por encima de cualquier otro interés, si se afecta al valor de las obras en el mercado, que es lo que más interesa a quienes se dedican exclusivamente a explotarlas.

El peso de estos grupos de influencia ha hecho que el copyright se centre mayormente en asegurar beneficios económicos que beneficien a empresas y no en simplemente asegurar ingresos suficientes para incentivar la creación. Se olvida así de su finalidad de proteger al autor y asegurarle que pueda crear para luego poder distribuir sus obras en beneficio de la sociedad y por supuesto se olvida que el principal objetivo de la legislación no es asegurar la posibilidad de poder general un lucro sino es beneficiar a toda la sociedad en su conjunto mediante el avance de las artes y las ciencias.

A pesar de que la finalidad del copyright parece estar clara constitucionalmente y jurisprudencialmente, parece que el legislador e incluso el juez encargado de aplicar la ley se han olvidado de la finalidad última de beneficiar a la sociedad y solamente se han preocupado por

expandir las prerrogativas de los tenedores de los derechos, que son unos pocos. Sin duda, esta expansión de las prerrogativas tiene un cierto beneficio para al autor, pero este es únicamente económico, y creemos que la protección debería de tener otras dimensiones. Dicha expansión no beneficia en nada los intereses de la generalidad que ve como el acceder a las obras protegidas es cada vez más difícil.

Parece que las prerrogativas del interés general se han reducido y como hemos dicho, esto afecta a las limitaciones al derecho de autor establecidas por la ley y al dominio público. Por supuesto, esto tiene consecuencias negativas para la defensa de cualquier derecho fundamental o de intereses de la sociedad como el acceso a la cultura, la ciencia y la información y el derecho a la educación.

Los derechos económicos no deben obviar los derechos morales de los autores, ni estorbar en exceso el acceso del público a las creaciones, pues de estas se nutrirán los ciudadanos para crear obras nuevas en el futuro y esto repercutirá en beneficios a toda la sociedad

El fin de contribuir al progreso de la ciencia y las artes fijado en la Constitución norteamericana podría entenderse como un círculo. En dicho círculo, en donde no se aprecia cuál es su principio y cuál es su fin, se otorga una protección limitada en ámbito y tiempo a un autor. Esto le permite recibir compensación justa por dicha creación y le motiva a crear su obra. Esta obra pasa a formar parte del acervo cultural y científico de su sociedad. Futuros autores adquirirán conocimientos y se inspirarán de este acervo e incentivados por la protección que le otorgan unos derechos concretos, crearán a su vez nuevas obras, que pasarán a su vez a formar parte del acervo y así, *ad infinitum*.

El problema parece ser, que dicho círculo está roto porque en la actualidad, se ha olvidado la finalidad última del copyright en favor de un sistema que casi exclusivamente se dedica a proteger

los derechos que hacen posible la explotación económica de las obras, dejando de lado cualquier otro interés.

### **1.6.2 La finalidad del derecho de autor de acuerdo al derecho español.**

En España no parece tan clara la finalidad que tiene la legislación del derecho de autor puesto que no existe una disposición constitucional que se refiera a dicha finalidad y tampoco la jurisprudencia o la doctrina han discutido mucho cuál es la misma, por lo menos no de manera directa. Se han centrado en cambio en discutir cuál es la naturaleza del derecho de autor. Aunque existen varias teorías, analizar dicha naturaleza permite sacar conclusiones sobre cuáles deben de ser las finalidades del derecho de autor para el derecho español, lo que nos permite aventurar conclusiones acerca de las mismas finalidades en todo el sistema de derecho constitucional.

Son varias las teorías sobre la naturaleza del derecho de autor en el derecho continental. La primera que fue destacada fue la teoría de la personalidad, reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia pues se considera que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, en tanto que proviene del hacer humano y es una obra producto de su intelecto que refleja su pensamiento en una expresión concreta.

En base a lo anterior, se podría deducir que la finalidad del derecho de autor es la de proteger a la obra pues de esta manera se protege a la personalidad del autor, siendo el beneficio económico que genera su explotación un simple accesorio a dicha protección.

La teoría del derecho de autor como derecho de la personalidad también sirve de base para entender la protección al autor y su obra como un derecho fundamental, y así se hace efectivamente desde los Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si el derecho de autor es entendido como un derecho fundamental, entonces su protección ya sería la finalidad en si misma que justificaría la existencia de la legislación.

Sin embargo, no parece que en el derecho constitucional español exista tal definición de la protección al autor como un derecho humano. Más bien existe un derecho fundamental, dirigido a la ciudadanía en general, que les garantiza la libertad de expresarse a través de la creación y difusión de sus obras. El resultado de dicha creación, la obra original, es lo que protege la legislación en la materia. Se puede decir que la legislación protege las obras de los autores cooperando así a garantizar la libertad de expresión y de creación, pero esto no quiere decir que el derecho de autor no pueda perseguir también otros fines, buscando beneficiar los intereses de otros grupos y no solo de los autores.

Lo anterior nos permite aventurar que quizás el derecho de autor busca fomentar la creación de obras, tanto artísticas como científicas para coadyuvar a la realización de ciertos derechos fundamentales.

Pero, para el derecho español, la teoría más aceptada de todas las que hemos analizado es la que entiende al derecho de autor como un derecho de propiedad. Esto es por lo que probablemente en España se sigue aceptando llamar al derecho de autor como propiedad intelectual, a diferencia de la tendencia que parece seguir el resto del derecho continental e internacional.

Bajo esta teoría, el derecho de autor es un derecho de propiedad sobre las obras, aunque con características especiales puesto que no recae sobre un objeto material, el *corpus mechanicum* de la obra, es decir su soporte material, sino que recae sobre su *corpus mysticum*, que es la obra en sí, independientemente de su soporte. Otra característica que hace especial a este tipo de propiedad, según esta teoría, son las facultades morales que se otorgan al autor sobre su obra, pues se reconoce que este tipo de propiedad es producto de una actividad intelectual.

El ver al derecho de autor como un derecho de propiedad, aunque se le reconozcan características especiales, justificaría la existencia de la legislación mediante la finalidad de proteger al tenedor de dichos derechos de propiedad, lo cual sería una finalidad en sí misma. Los límites al



derecho de autor también contemplados en la legislación, encontrarían su justificación en la función social que puede tener la propiedad, según lo establece la Constitución.

Hemos querido exponer que la teoría del derecho de autor como derecho de la propiedad, a pesar de ser la más extendida y aceptada en el derecho nacional, no es la forma más apropiada de ver al derecho de autor.

Nos parece que el concepto de propiedad como derecho no es capaz de describir todas las características del derecho de autor, que le hacen diferente de la propiedad tradicional.

Entre las características que hacen a los derechos sobre las obras diferentes de un derecho de propiedad están: que el derecho siempre está ligado al autor (a través de los derechos morales) mientras que el derecho de propiedad es independiente del propietario; el derecho sobre la obra existe independientemente del soporte material de la obra mientras que el derecho de propiedad va ligado a la existencia del objeto material; el autor siempre busca que su obra se difunda entre el mayor número de personas posible (en beneficio de sus derechos morales y de explotación) mientras que el objeto por lo general, permanece con su propietario; y, el que la obra es un bien no rival y no excluyente, múltiples personas pueden disfrutar del mismo al mismo tiempo y sin que se agote, mientras que el bien en el derecho de propiedad es rival y excluyente, solo admite un propietario a la vez salvo algunas excepciones.

Consideramos sobre todo que esta concepción desvirtúa a la esencia de lo que es el derecho de autor y el considerarlo como un simple derecho de propiedad no es capaz de abarcar todas las características del derecho de autor ni de ser una concepción adecuada para tomar en cuenta que pueden existir otros intereses en juego más allá de los simples beneficios económicos que se obtienen a través de la explotación de una propiedad.

Del resto de teorías sobre la naturaleza del derecho de autor, sin ser categóricos acerca de cuál debe de ser la más aceptada, optamos por considerar positiva cualquier concepción del derecho

de autor que de importancia tanto a los aspectos morales como a los aspectos de explotación del derecho de autor. La teoría que más se ajusta a esta concepción es la teoría dualista que dice que el derecho de autor está compuesta tanto de derechos morales como derechos patrimoniales, siendo entonces su naturaleza doble, como su nombre lo indica.

La naturaleza dual es la que mejor se adapta para admitir la protección del interés público pues descarta que el derecho de autor sea un simple derecho de propiedad y le reconoce características más allá de las relacionadas con un simple dominio sobre cosas materiales, que por analogía se aplica a las obras del intelecto.

El que el derecho de autor funcione mejor atendiendo a su naturaleza dual nos apunta a que el mismo puede tener más de una finalidad y creemos que puede argumentarse que la protección de derechos morales y de explotación puede servir para avanzar finalidades públicas, incluyendo la faceta de los mismos que les permite cooperar con la protección de los derechos fundamentales, contribuyendo así al balance de intereses de todas las partes, al que también contribuyen los límites al derecho de autor.

Creemos también que los derechos de autor, a través de la protección de derechos morales, patrimoniales y la aplicación de límites a la protección contribuyen a la protección de los derechos fundamentales por parte del Estado.

Establecimos como los derechos morales de atribución y el a la integridad de la obra contribuyen a proteger los derechos al honor y la propia imagen del autor, pero también la libertad de expresión y la libertad de información de toda la sociedad en su conjunto. El derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación de la obra y a hacerlo bajo seudónimo o anónimamente sirven para proteger la personalidad del autor.

Los derechos exclusivos, además de permitir la explotación económica de la obra, permiten, mediante su incentivo a la creación, contribuir a la protección de la libertad de expresión y la

difusión de los bienes culturales que contribuye a su acceso y participación. Se contribuye también a avanzar en el derecho a la educación y en el derecho a la información.

Establecer límites para dichos derechos exclusivos, de tal manera que permitan ciertas utilizaciones por el bien del interés general, permite proteger los mismos derechos fundamentales que dichos derechos económicos, por lo que es necesario que exista un equilibrio entre dicha protección económica y cómo se limita a través de la legislación para que se pueda tener un mayor impacto positivo en los derechos fundamentales.

Finalmente, hemos expuesto que la limitación temporal a los derechos económicos y en ciertos casos a aquellos derechos morales no transmisibles *mortis causa* del autor, protegen también a la libertad de expresión, el derecho a la información, al acceso y participación de la cultura y la ciencia y el derecho a la educación.

Respecto de la finalidad del derecho de autor en el derecho español, el análisis de la naturaleza del mismo, que permite la existencia de derechos morales y derechos patrimoniales, también permite hablar de finalidades diferentes que coexisten.

Se puede decir que el derecho de autor en el sistema español admite una doble finalidad: por un lado proteger al autor y su obra, que es una finalidad en sí misma, pues así garantiza ciertos derechos fundamentales del autor e incentiva la creación mediante la protección de los derechos patrimoniales. Además, el derecho de autor tiene otra finalidad, que es contribuir al bienestar de toda la sociedad en su conjunto, pues la protección tanto de derechos morales como económicos permite a su vez ayudar a garantizar ciertos derechos fundamentales de todos sus miembros.

Ambas finalidades son compatibles y que se defiendan los derechos de unos y de otros depende del equilibrio alcanzado por la legislación vigente. Dicho equilibrio, de existir, permite dar adecuada protección a libertades y derechos de unos y de otros lo cual indudablemente trae beneficios para la sociedad en su conjunto.

### **1.6.3 El peligro de olvidar la finalidad del derecho de autor.**

El derecho del copyright norteamericano y el derecho de autor continental, presentan grandes diferencias entre sí. La finalidad del copyright parece más definida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la legislación, si bien parece haberse apartado de su finalidad última. Parece que el derecho de autor español no tiene tan clara su finalidad, pero como decimos, admite al mismo tiempo que sus finalidades sean la protección moral y económica del autor al tiempo que se protege el interés general.

Sin embargo, el peligro para ambos sistemas es el mismo: la legislación de uno u otro sistema de derecho no puede seguir avanzando hacia una situación en la que simplemente prime el beneficio económico que producen las obras creadas y se dejen de lado tanto los derechos morales de los autores como los derechos de los usuarios pues como vimos, el equilibrio entre todos estos derechos contribuye a la garantía de los derechos fundamentales en nuestra sociedad.

Inclinarse demasiado por los intereses económicos y dejar de lado la finalidad última o dual del derecho de autor, según sea el sistema de derecho, ha tenido un impacto negativo en la protección del interés general que debe procurarse a través del derecho de autor.

Entre las instituciones que más ha sufrido por esta pérdida de rumbo en la que prima la protección del mercado de las obras, está la de los límites al derecho de autor. Dichos límites son increíblemente importantes a la hora de procurar el acceso a los contenidos para proteger libertades fundamentales y el bien común mientras dura la protección. Los límites generan espacios para derechos como la libertad de expresión o el derecho a la educación, pero su regulación actual, hecha en función de intereses económicos siempre deja que dichos espacios existan.

Uno de los colectivos más afectados por la disminuida protección a la libertad de expresión y el derecho a la educación es precisamente la Universidad puesto que es uno de los espacios en la sociedad en donde mejor pueden desarrollarse dichas libertades fundamentales. Por ello, prestamos especial atención a los límites encaminados a beneficiar la educación e investigación universitarias

pues nos permiten ilustrar lo negativo que es el panorama actual para los derechos fundamentales en la sociedad, estableciendo las consecuencias que la inadecuada legislación actual tiene para el desarrollo de dichos derechos en el ámbito universitario.

En el último capítulo analizamos el impacto el impacto que la legislación actual tiene sobre el dominio público que es otro de los espacios en donde mejor se pueden desarrollar las libertades fundamentales.

## **Capítulo 2. Sujeto, objeto y contenido del derecho de autor.**

En el capítulo precedente hemos identificado cuál es la finalidad, o finalidades del derecho de autor.

Hemos establecido que en el copyright norteamericano la finalidad parece inequívoca: el otorgar al autor protección para incentivarle a crear es un medio para lograr un fin último que es el beneficio de la sociedad en su conjunto. La finalidad está establecida en la Constitución de Estados Unidos, y aunque se puede decir que el derecho de autor de dicho país se ha apartado de dicha finalidad, existen pocas dudas sobre cuál debería de ser esta. La finalidad no se discute, aunque parece que se ha olvidado.

En el derecho continental, caso particular del español que es el que nos centramos, la finalidad no es tan fácil de dilucidar pues no está expresamente establecida en la Constitución o en algún otro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, analizando a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en la materia hemos podido determinar que el derecho de autor tiene por lo menos dos finalidades: proteger al autor en su obra (tanto derechos morales como económicos) pues así protege ciertos derechos fundamentales del autor y le incentiva a crear; y contribuir al bienestar de la sociedad en su conjunto, pues la protección permite garantizar la protección de ciertos derechos fundamentales de todos los ciudadanos en general. En esto último, los límites a los derechos económicos juegan un papel crucial, pues permiten ese equilibrio entre procurar un incentivo al autor para crear y el acceso de los ciudadanos a sus creaciones, modo en que se coadyuva a la protección de sus derechos.

Para poder definir y entender con claridad cuáles son estos límites, y su importancia, es necesario definir y entender primero cuál es el contenido de la protección, es decir qué derechos otorga la Ley, a quién se los otorga y cuál es su objeto.

Analizamos la LPI española y en ocasiones, miraremos a otros ordenamientos jurídicos que nos ayuden a entender mejor su contenido y resaltar las diferencias entre las distintas leyes.

## **2.1 Hecho generador y contenido del derecho de autor.**

El art. 1º LPI establece que la protección El artículo 1º LPI establece que la protección otorgada al autor de una obra literaria, artística o científica comienza con el “*solo hecho de su creación*”. Esto es lo que se conoce como el hecho generador del derecho de autor pues el acto de creación hecho por el autor es el punto de partida de la protección otorgada por la ley.

Para su expresión, las obras necesitan de un medio, de ahí que, aunque no es una exigencia, la fijación en un soporte es necesaria para la externalización de la obra. Dicho soporte, como veremos, puede ser tangible o intangible, siendo este último tipo cada vez más importante, pues aparece frecuentemente en la creación a través de medios digitales.

Para que una obra se considere protegida basta con que se produzca el hecho generador y no se requieren formalidades previas. La divulgación, publicación o inscripción en un registro, la utilización de símbolos o indicaciones no son requisitos para la protección de la obra, si bien estos requisitos pueden repercutir finalmente en el nivel de protección de la misma.

En el Derecho español, y generalmente, en todo el Derecho continental, el único requisito es la externalización de la obra, no su fijación, aunque una fijación será generalmente el medio por el que la obra puede ser exteriorizada (Bercovitz Rodríguez Cano, 2012:55).

En los tiempos previos al texto del Convenio de Berna vigente actualmente, en numerosas legislaciones el hecho generador solía ser la inscripción de la obra en un registro, como el Registro de la Propiedad Intelectual en España.

Estados Unidos ha sido uno de los últimos países en entrar en Berna y mantuvo un sistema en el que la protección comenzaba desde el momento del registro de una obra previo a su publicación, o

bien mediante el acto de publicar una obra con la mención de que se reservaban los derechos de autor (con el uso del conocido símbolo ©).

En la actualidad, la legislación norteamericana establece que la protección comienza desde el momento en que la obra es creada y fijada en un soporte (§106 de la Ley de Copyright).

### **2.1.1 Momento en que nace la protección al autor.**

La protección comienza con el simple acto de creación de una obra. No es tan simple, pues “acto de creación” es un concepto que requiere de una definición específica que nos permita precisar cuándo se ha producido y por lo tanto cuándo ha iniciado la protección.

El art. 10 LPI establece que son objeto de protección todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte el cual puede ser tangible o intangible o incluso puede que dicho medio no exista actualmente pero sea creado en el futuro.

De lo consagrado en este artículo podemos deducir que ese acto de creación, es decir, el momento en que se considera que se da ese *hecho generador* es precisamente cuando la creación original es expresada por cualquier medio, es decir se externaliza, lo cual hace que la obra sea susceptible de ser percibida por terceros. Este es el momento preciso en que comenzará la protección y a partir del cual podremos comenzar a contar los plazos de protección en sus distintas modalidades descritas más adelante.

El hecho generador es ese acto de creación externalizado por cualquier medio a través del cual nace la obra, objeto del derecho de autor: “el derecho nace solo si la obra y su alcance queda circunscrito al de la obra, a lo que la obra tenga de tal” (Ibíd.: 47). Ese acto de creación, o acto creativo, es el vínculo de la obra con su autor (Della Costa, 1971: 88).

No existe otro acto más que la creación como hecho generador y sobre esto no existe controversia ni en la doctrina ni en la jurisprudencia (Arroyo Aparicio, Bellido Añón y Gómez Lozano, 2011:40).



Debemos recordar que el derecho de autor tiene por objeto la protección de un bien inmaterial, la obra, que existe independientemente del soporte, aunque en realidad necesite de este para existir y es esta externalización por cualquier medio la que nos permite identificar el momento de la creación.

La ley distingue entre el *corpus mysticum* que es la obra en sí, lo esencial de la misma, y el *corpus mechanicum* que es el medio o soporte en el que se externaliza la obra y que permite su posterior explotación. Todo esto sin perjuicio de que en algunos casos, como sucede con las obras plásticas, la obra se destruya por completo si se destruye el original, salvo que existiera alguna otra copia idéntica. Sin embargo, siempre habrá que recordar que el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* son autónomos y la protección recae sobre este *corpus mysticum*.

## **2.2 El contenido: tipos de derechos.**

Habiendo determinado cuándo comienza la protección ahora hemos de mencionar que tipo de derechos se conceden al autor (sujeto) por haber creado la obra (objeto). Es decir, definiremos cuál es el contenido del derecho de autor.

Como hemos dicho, la legislación de derecho de autor distingue entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* y de la misma manera distingue dos clases de derechos, unos de carácter extrapatrimonial, el derecho moral, y otro, de carácter patrimonial que es la facultad de explotación sobre la obra.

Entonces, el contenido del derecho de autor comprende dos tipos de facultades: el derecho moral, encaminado a proteger la personalidad del autor y que es inalienable e irrenunciable; y el derecho exclusivo de explotación que permite al autor obtener beneficios económicos a través de su obra.

El autor nunca podrá transferir este derecho extrapatrimonial pues es el que le otorga su calidad o reconocimiento como autor de la obra frente a las demás personas y en cambio podrá

utilizar su derecho patrimonial ya sea por sí mismo o por persona que él mismo autorice para obtener un beneficio económico de su creación a través de la publicación, reproducción o comunicación al público (Canaval Palacios, 2008:33).

Los derechos morales son una serie de derechos declarados como irrenunciables e inalienables de los que goza el autor y entre ellos están el derecho a la divulgación de la obra; el derecho a la paternidad de la obra o de atribución; el derecho de revelación que implica el que el autor pueda divulgar la obra bajo su nombre o bien bajo seudónimo, signo o incluso anónimamente; el derecho a modificar la obra; el derecho a retirar la obra del comercio por cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor y el acceso al ejemplar único o raro de la obra que se encuentra en poder de un tercero (art. 14 LPI).

La LPI habla además de un derecho exclusivo del autor a explotar su obra en cualquier forma, es decir se trata de un derecho con distintas modalidades entre las que la legislación destaca los derechos o modalidades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17 LPI).

Para Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:77), los derechos patrimoniales deben de ser considerados “...como un conjunto, con todas las posibilidades de explotación o disfrute económico derivadas de la utilización de la obra.” La misma ley destaca que estos derechos o modalidades son independientes entre sí (art. 23 LPI), por lo que los derechos patrimoniales pueden ser explotados o cedidos por separado

Las modalidades de explotación son una serie de facultades de carácter patrimonial por lo que su titularidad puede ser transferida a terceros para que las exploten económicamente. Al ser independientes, el autor puede explotar directamente unas y así obtener el beneficio económico y al mismo tiempo obtener una contraprestación por permitir que terceros saquen provecho de otras.

Los derechos exclusivos, de carácter patrimonial, están sujetos a plazo. Una vez cumplido dicho plazo, se permite a los terceros hacer uso libre de las obras protegidas por la ley una vez que estas han pasado al dominio público. Es por ello que es importante determinar el momento de inicio de la protección para poder determinar cuándo debe de comenzar a computarse dicho plazo.

Existe otra categoría de derechos patrimoniales distinta de los derechos de explotación que debe ser distinguida, hablamos de los derechos de simple remuneración y que también están sujetos a un plazo de duración y una diferencia destacable con los derechos exclusivos es que guardan una relación mucho menos cercana con el derecho moral del autor, es decir, son derechos que no otorgan la facultad de decidir quién y cómo explotara la obra aunque si permiten recibir una participación económica por la explotación de dicha obra (Gutiérrez Vicén, 2003:34).

Los derechos de simple remuneración los encontramos por ejemplo en los artículos 33.1 LPI que permite a cualquiera la explotación de trabajos y artículos de actualidad difundidos por los medios de comunicación social siempre y cuando el autor de estos reciba la remuneración acordada o una remuneración equitativa. Otro ejemplo lo encontramos en la remuneración que debe pagarse a los autores de las obras audiovisuales por sus aportaciones a la obra final que es explotada por el productor de la misma (art. 90 LPI).

Otro derecho de participación lo tienen los autores por sus obras de arte originales, antes regulado en el art. 24 LPI, hoy derogado, y que se encuentra regulado en su propia ley (Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original).

Dicho derecho otorga a los autores de obras de arte gráficas o plásticas tales como cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de video arte el derecho a percibir del vendedor una participación en el

precio de toda reventa de las mismas tras la primera cesión realizada por el autor (art. 1 de la Ley 3/2008).

En la LPI se podía encontrar otro derecho de participación, el conocido y controversial canon por copia privada o compensación por copia privada, hoy suprimido y que se encontraba regulado por el artículo 25 LPI, derogado por el Número 1 de la disposición adicional décima del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

### **2.3 Sujetos: beneficiarios de los derechos de autor.**

El sujeto principal del derecho de autor no puede ser otra persona que quien crea la obra, es decir, el autor de la misma. El autor es el adquiriente originario del derecho, pues la protección empieza en el momento que él mismo crea la obra.

En las palabras de Corredoira (2012:25): “la base de la pirámide está en el autor o creador” y solo después de que este ha dado origen a su obra pueden venir los otros titulares de algunos derechos como los editores, productores y entidades de radiodifusión.

El autor es el único titular pleno de los derechos otorgados sobre la obra pues es el único que puede disfrutar de todo el abanico de facultades que otorga la ley:

“...ni sus causahabientes *inter vivos*, ni siquiera *mortis causa*, podrán serlo de todas las facultades que integran el derecho de propiedad intelectual, debido a las limitaciones que afectan a la transmisión *inter vivos* de los derechos o facultades morales, así como de algunos patrimoniales..., debido a la extinción de algunos derechos o facultades morales del autor al tiempo de su muerte” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:19).

Podemos distinguir la diferencia entre el concepto de *autor* y el concepto de *titular del derecho de autor*. El autor es el creador de la obra, es el titular pleno y principal de todos los derechos que la ley otorga. Existen además otros titulares que pueden ser beneficiarios de algunos de los derechos de los que goza el autor. Suelen ser principalmente de índole patrimonial pues los derechos morales suelen concentrarse en la figura del autor si bien existe alguna excepción, como en

el caso de los artistas intérpretes y ejecutantes que son dueños de ciertos derechos morales, aunque estos no recaen sobre la obra creada por el autor.

El art. 5 LPI define al autor en los siguientes términos: “*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica.*”

Por comparar, la legislación mexicana, que también pertenece al sistema continental, define al autor en términos muy similares, estableciendo que “*autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística*” (art. 12 de la Ley Federal del derecho de autor).

El sistema jurídico español ha optado por definir la figura del autor de manera explícita pero no todos los ordenamientos jurídicos lo han hecho así.

En contraste con nuestro sistema jurídico, en la legislación del copyright norteamericana se suele separar la figura del autor de la del dueño del copyright, que es el tenedor de cualquiera de los derechos exclusivos sobre una obra. En EEUU no se reconocen tantos derechos morales como en el sistema continental, y dichos derechos solo existen en ciertos casos y para ciertos tipos de autores, generalmente los creadores de obras plásticas.

En la legislación del copyright norteamericana no se define el concepto de autor. Para encontrar una definición del concepto es necesario acudir a la jurisprudencia. En cambio, si se da una definición del tenedor de los derechos, al que la legislación llama *copyright owner*<sup>13</sup> (§101 del la Ley de Copyright).

Pese a no definirse en la ley, en el sistema norteamericano la figura del autor como creador de la obra parece tener asegurado un lugar especial. Se le reconoce como la persona que da lugar al hecho generador de la protección, como se puede apreciar en el art. 1º §8 de la Constitución de los Estados Unidos que menciona expresamente el poder del Congreso para otorgar a los autores derechos exclusivos sobre sus obras por un tiempo limitado.

---

<sup>13</sup> *Owner* significa dueño en español.

Aún así, el copyright norteamericano equipara a otros sujetos plenamente con la figura del autor, como en el caso de las obras hechas por encargo. Esto es posible porque los derechos morales no son reconocidos a la mayoría de los autores y así, lo que más importa es quien controla los derechos exclusivos sobre las obras.

Quizás por ello la Ley de Copyright no se preocupa tanto por definir al autor. Su mayor preocupación es determinar quién controla los derechos patrimoniales sobre las obras pues después de todo es a estos derechos a los que les otorga su mayor protección.

En el copyright existen definiciones de la figura del autor pues tanto la jurisprudencia y doctrina, al igual que la de los países del Derecho continental, se han preocupado por definir a la figura del autor.

Para los tribunales norteamericanos parece ser de particular importancia definir quién es el autor, sobre todo respecto de las obras hechas por encargo o las creadas por varios autores, pues estas modalidades de autoría son muy importantes en su industria del entretenimiento. Las sentencias *M.G.B. Homes, Inc. v. Ameron Homes, Inc.* (1994) y *Whelan v. Jaslow* (1986) se refieren a las obras que tienen varios autores. *Kenbrooke Fabrics, Inc. v. Material Things* (1984) y *Community for Creative Non-Violence v. Reid* (1989) definen quién es el autor de las obras por encargo.

Una definición que recaba lo esencial del concepto de autor es la mencionada *Community for Creative Non-Violence v. Reid*. Según dicha sentencia, el autor es, en general, aquella persona que crea la obra, es decir, el que transforma una idea en una expresión tangible y fijada en un medio, susceptible de protección bajo la legislación de copyright.

La doctrina ha buscado definiciones aún más precisas del concepto de autor y, en el derecho continental, suele hacer hincapié en la relación personal del autor con la obra y los derechos morales que le pertenecen como consecuencia de ello.

Corredoira (2012:29) define al autor como “la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.” Entre los autores latinoamericanos, Jessen (1989:53) considera que “el término autor, en su acepción más amplia, (engloba) a todos aquellos que se dedican a actividades intelectuales creadoras.” Satanowsky (1954:265) dice que un autor es el que directamente realiza una actividad tendiente a elaborar una obra intelectual, una creación completa e independiente, que revela su personalidad, pues pone en ella su talento artístico y esfuerzo creador.” En la definición de este último podemos evidenciar ese vínculo personal entre autor y obra y que ya mencionaba Della Costa (Loc. Cit.) quien dice que el acto creativo es el vínculo de la obra con su autor. En España, dicho vínculo es resaltado también por Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:27) quien nos dice que la autoría corresponde únicamente al creador de la obra.

Para Antequera Parilli (2010:125-126) es un “principio fundamental” del sistema continental que el sujeto por excelencia del derecho de autor sea la persona física que crea la obra y no las personas jurídicas que no tienen la consideración de autores sino de “titulares derivados.”

El autor es el único titular originario de los derechos morales y también de los patrimoniales, aunque después pueda transmitir estos a terceras personas.

Aún si las personas jurídicas distintas del autor, y otras personas físicas pueden ser considerados titulares originarios de ciertos derechos, en determinados casos, no pueden ser considerados como autores. Esto es porque no crean la obra. En cambio, realizan un acto distinto, utilizando la obra, lo cual les genera ciertos derechos específicos. Por eso se conoce como “otros titulares” de derechos relacionados con el derecho de autor.

Entonces, autor es aquella persona física que crea una obra, si bien existen varias modalidades de autoría reconocidas en la legislación y casos en que las personas jurídicas reciben una protección similar a la de los autores, sin que se les considere como tales.

### **2.3.1 El autor individual.**

El autor de la obra puede ser una única persona natural. Esta es la modalidad básica de autoría en la que una sola persona expresa una idea o serie de ideas de manera original y la fija en un medio, creando así una obra literaria, artística o científica.

El autor goza de la protección de sus derechos morales sobre la obra y tiene la posibilidad de obtener réditos económicos a través de su explotación o mediante la cesión de los derechos sobre las distintas modalidades de explotación a terceras personas.

Para un estudio pormenorizado de las posibilidades existentes en cuanto a los contratos que pueden utilizar los autores para explotar su obra conviene ver, de manera general el capítulo 2 de Corredoira (2012).

Como ya hemos dicho, el art. 5 LPI consagra la figura del autor individual. Dicho artículo deja la puerta abierta a la posibilidad de que en ciertos casos expresamente previstos por la ley, las personas jurídicas gocen de la misma protección que se concede a los autores individuales.

El art. 6 LPI establece la presunción de autoría, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que le identifique. Además, dispone a quién corresponden los derechos de autor de las obras anónimas o publicadas bajo seudónimo o signo mientras el autor no haya revelado su identidad.

Este es uno de los casos en los que una persona jurídica puede ser titular de los derechos de autor, sustituyendo al autor en lo que se identifica como tal, pues permite que el editor o cualquier otra persona natural o jurídica que saque a la luz la obra con el consentimiento del autor sea quien tenga la potestad de ejercitar los derechos. Este es el primero de los casos en los que la LPI equipara la persona jurídica a la figura del autor.

Otro supuesto de equiparación es el caso de las obras colectivas (art. 8 LPI) y en el que la ley dispone que una persona jurídica, también en calidad de editor, pueda ser la que lleve la iniciativa y coordinación de la obra colectiva.



El siguiente supuesto lo encontramos en el art. 97 LPI, que concede la posibilidad de que la titularidad de los derechos de autor sobre un programa de ordenador recaiga sobre una persona jurídica cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para la protección de los derechos de autor. Cuando el programa de ordenador puede considerarse como obra colectiva, por ejemplo (art. 97.2 LPI); o en el caso de que el creador de un programa de ordenador sea un trabajador asalariado en una empresa cuando la misma sea una persona jurídica (art. 97.4 LPI).

Un sector de la doctrina es crítico con la posibilidad de atribución de los derechos de autor a las personas jurídicas y rechaza que esto constituya la atribución de la autoría a una persona moral. Hay que hacer notar que el art. 5 LPI habla de “*autores y otros beneficiarios*”, lo que sugiere que la persona jurídica se erige como titular de los derechos pero no debe de considerarse como autor. En todo caso, y así lo preferimos nosotros, debemos referirnos a la persona jurídica como una persona equiparada con el autor en ciertos casos, pero no como a un autor.

“Se trata de una ficción que se establece en beneficio de las empresas dedicadas a la creación y explotación de obras, especialmente en aquellos casos en los que semejante actividad de creación requiere inversiones importantes y el trabajo permanente de equipos debidamente coordinados y dirigidos” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:27) y se trata de una “ficción legal” pues aunque se otorguen derechos a la persona jurídica, se sabe que son personas de carne y hueso las que crean la obra; los programas de ordenador en el caso de las empresas dedicadas a la informática (Ibíd.:211).

Todo esto tendría más sentido en el sistema del Copyright, en donde no se da preeminencia a los derechos personales del autor. Como el foco real son los derechos de control sobre las obras, es decir, los derechos que permiten su creación, más que los derechos encaminados a asegurar su atribución o la protección de otros derechos morales, tiene sentido que dichos derechos de control puedan recaer tanto en personas físicas como morales.

Si bien la concepción del Copyright, como la hemos analizado en el capítulo 1, ciertamente tiene en cuenta el interés social, tiene una marcada perspectiva económica. Esto hace posible que sea coherente que el monopolio limitado sobre una creación que otorga la Constitución norteamericana, pueda recaer sobre cualquier persona o entidad que costee la creación de una obra y asuma el riesgo financiero de comercializarla sin importar si se trata de una persona física o jurídica (Gorman y Ginsburg, 2006: 305).

### **2.3.2 Obras de varios autores.**

En la creación de obras existen múltiples instancias de colaboración entre varios autores. Si lo pensamos un segundo, enseguida nos vendrán a la cabeza las obras audiovisuales, los periódicos, las composiciones musicales, o las enciclopedias por poner algunos ejemplos.

La LPI contempla varios tipos de obras en coautoría: la obra en colaboración, la obra colectiva, la obra compuesta e independiente y la obra hecha por encargo.

El art. 7 LPI regula la obra en colaboración y la define como aquella obra que es resultado unitario de la colaboración de varios autores por lo que los derechos sobre la misma corresponden a todos ellos:

“Se trata de creaciones en las que varios autores han participado realizando aportaciones de tipo individual, con miras a la consecución de un fin común. Para que estemos en presencia de una obra en colaboración, el resultado del esfuerzo conjunto de sus diversos creadores no debe permitir en modo alguno identificar las contribuciones individualmente realizadas, como lógica consecuencia de la fusión o integración que estas tiene entre sí. No obstante lo anterior, se afirma la existencia de este tipo de obras aun en el caso en que las diversas aportaciones lleguen a ser perfectamente individualizables o divisibles entre sí” (Caballero Leal, 2004:6).

Según Herrera Sierpe (1999:28), “doctrinariamente, se distingue entre colaboración perfecta y colaboración imperfecta. Esta última se presenta cuando cada aporte puede ser separado o determinado fácilmente.” De hecho, “la propia LPI admite, al respecto, que la obra en colaboración puede formarse tanto con aportaciones inescindibles como con aportaciones separables de los autores...” (de Román Pérez, 2003: 125).

Para que la obra pueda ser divulgada y modificada es necesario que todos los coautores den su consentimiento, pudiendo un juez resolver a falta de acuerdo. Una vez divulgada la obra, ningún coautor podrá rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó.

En la obra en colaboración todos los creadores tienen la misma categoría: “...no hay subordinación entre los autores o a otra persona exterior...” (de Carreras Serra, 2008:377).

Todos los autores en su conjunto tienen los derechos morales sobre la obra en colaboración, y al mismo tiempo, cada autor por separado tiene los derechos morales sobre su aportación, a pesar de formar parte de una obra unitaria.

Como la aportación de cada autor puede ser claramente identificada, puede ser explotada por separado, salvo que exista pacto en contrario o cuando se perjudique la explotación común (art. 7.3 LPI).

Existen otros casos en los que las partes de la obra no pueden ser explotadas por separado:

“...porque pueden existir obras en colaboración que sean resultado del trabajo de todos ellos en todos los elementos que conforman la obra final, de manera que no puedan identificarse claramente aportaciones distintas. La separación de la obra común de una parte de ella, para atribuirle a uno de los colaboradores, puede no ser posible en estos casos (por ejemplo, el ensayo en el que varios autores han intervenido conjuntamente, sin haberlo redactado por partes” (de Carreras Serra, Loc. Cit.).

En España, el ejemplo clásico de la obra en colaboración es la obra audiovisual, en la que participan varios autores y en donde algunos pueden explotar sus aportaciones por separado, como el autor del guión, que tiene la posibilidad de editarlo y comercializarlo como obra literaria. De la misma forma, el autor de la banda sonora tiene el derecho a explotarla o a ceder sus derechos de explotación sobre la música a terceros. Así lo dispone el art. 88.2 LPI: “*Salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual.*” Cabe señalar que por lo menos Écija

Bernal (2000:44), no considera a la obra audiovisual como una obra en colaboración sino como un conjunto de varios derechos.

En otros países como Alemania, se ha dispuesto que las personas naturales que contribuyen a la creación de la obra cinematográfica o audiovisual sean los que tienen los derechos sobre la obra (Salokannel, 1997:131). En Francia, se considera autores de la obra audiovisual a las personas naturales que han llevado a cabo la creación intelectual de la obra y se presume que los autores son el guionista, el autor de la adaptación, el autor del diálogo, el autor de la banda sonora y el director.(Ibíd.:135).

En Estados Unidos aunque en general, los derechos de autor corresponden al creador de la obra (§201(a) de la Ley de Copyright), existe una notable excepción en las obras hechas por encargo, cuyos derechos pertenecen, salvo pacto en contrario, a quien encarga la obra (§201(b) de la misma ley). De esta forma, si una obra audiovisual o cinematográfica es considerada como un *work for hire*, entonces los derechos de toda la obra serán para el empleador o persona que ha comisionado la obra, que generalmente es el productor de la misma, quien puede ser una persona física o moral. Usualmente, en EEUU las obras cinematográficas comerciales suelen ser obras hechas por encargo (U.S. Copyright Office, 2013). Hablamos del *work for hire* un poco más abajo.

La LPI establece que los derechos sobre la obra corresponden a todos los autores pero deja a los mismos la potestad de decidir en qué proporción debe corresponder a cada uno y para los casos no previstos se está a lo que establece el Código Civil respecto de la comunidad de bienes.

En la obra en colaboración, los autores como personas físicas tienen un lugar primordial, según el art. 28 LPI, que establece que la duración de los derechos de explotación es de toda la vida de los coautores más setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente.

De acuerdo con el art. 8 LPI, la obra colectiva es aquella creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. O como la define el diccionario de la OMPI “es una obra preparada por una persona a partir de contribuciones de autores que han participado en su elaboración, creándolas para tal fin” (Herrera Sierpe, 1999:28).

A diferencia de la obra en colaboración, en donde se habla de una obra unitaria pero cuyas aportaciones individuales pueden ser identificadas, la obra colectiva es una creación única en la que las contribuciones personales se funden de tal manera que no pueden ser identificadas entre sí:

“... para que estemos en presencia de una obra colectiva (es necesario) que las aportaciones de los diferentes autores se fundan en una creación única y autónoma para la cual hayan sido concebidas. Esto significa que el mero hecho de ilustrar una obra literaria, por ejemplo, no implica de por sí la existencia de una obra colectiva...” (Gutiérrez Vicén, 2003:62).

De acuerdo con Álvarez de Benito (2003:33): “en la obra colectiva, tiene más relevancia para el legislador, y generalmente, para el público, la labor del director del proyecto creativo que las contribuciones individuales de los diversos autores.”

De ahí que en este tipo de obras los derechos correspondan a la persona que la edita y divulga bajo su nombre salvo que medie pacto en contrario. Mientras que en la obra en colaboración son titulares originarios de los derechos todos los autores en la proporción que ellos mismos determinan, en la obra colectiva es uno solo el considerado autor y poseedor originario de los derechos y que es el coordinador de la misma.

La obra colectiva se hace bajo iniciativa de un coordinador quien es el que la edita y divulga y es uno de los casos en los que una persona jurídica puede ser beneficiaria de los derechos de autor sobre la obra.

La LPI española establece en su artículo 28 que los derechos de explotación sobre las obras colectivas duran setenta años desde la divulgación lícita de la obra protegida. En este caso, la ley se aleja del criterio que considera a la persona del autor, el momento en que realiza su creación, como el punto de partida para contabilizar el plazo de protección.

De hecho, en el Derecho español, la obra colectiva es una de las instancias en que la autoría no siempre se atribuye a una persona física:

“La filosofía general de la obra colectiva rompe con la atribución de la autoría a las personas físicas, principio tradicional de nuestro Derecho, que refleja el artículo 5.1 LPI. Esa ruptura explica los términos del artículo 5.2 de la misma Ley (en él no se reconoce la autoría a las personas jurídicas, pero se les hace disfrutar de la misma protección de los casos específicamente previstos en la LPI, sin llamarlas autoras, uno de cuyos ejemplos, probablemente el principal, si no el único, es precisamente el de la obra colectiva...)” (Donaire Villa y Planells de la Maza, 2014:26)

El art. 9 LPI considera como obra compuesta aquella obra nueva que incorpora a otra preexistente sin la colaboración del autor de esta último, sin perjuicio de los derechos que a este corresponden y de su necesaria autorización.

En la obra compuesta “... los diversos autores no concurren de modo simultáneo, ni destinan sus esfuerzos creativos a una finalidad común; muy al contrario, la concurrencia de los autores se produce de un modo sucesivo, y sin que exista un objetivo común...” (Gutiérrez Vicén, 2003:67).

Dicho artículo dispone que una obra que constituye una creación autónoma deba de ser considerada como independiente aunque sea publicada conjuntamente con otras.

Lo anterior implica que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre la obra preexistente pertenecen de forma independiente a su autor quien podrá autorizar su incorporación a otra obra nueva sin que los derechos de la primera dejen de ejercerse independientemente. Un ejemplo de esto sería la incorporación de una canción en una obra audiovisual en el que dicha obra musical no ha sido compuesta específicamente para la otra y en el que ambas obras tendrán su propia protección que será ejercida de manera independiente.

Finalmente, hemos de decir que la obra compuesta no debe de confundirse con la obra derivada, siendo la principal diferencia entre las dos que “en la obra compuesta existe una incorporación de una obra preexistente; mientras que en la obra derivada no hay incorporación, no intervienen dos creaciones distintas, sino que la obra resultante es consecuencia exclusiva de la modificación de la preexistente” (Gutiérrez Vicén, 2003:68).

Sin embargo, para Bercovitz Rodríguez-Cano (2007:247):

“la única diferenciación que cabe establecer, atendiendo al tenor literal del artículo 9 LPI, entre obra compuesta y obra derivada es que aquélla implica que el autor de la obra derivada es distinto del autor de la obra originaria, mientras que la obra derivada no está sometida a semejante exigencia.”

### **2.3.3 La obra hecha por encargo, las obras creadas en una relación laboral y el *work for hire*.**

Varios ordenamientos jurídicos regulan lo que se conoce como obra por encargo, considerándola una figura propia del derecho de autor.

La LPI española no regula expresamente esta modalidad y por lo tanto no establece, por lo menos a simple vista, quién debe ser considerado el autor de las mismas con la consiguiente implicación que esto tiene para los derechos morales y patrimoniales.

Es la Ley General de Publicidad establece que los derechos de explotación sobre las creaciones publicitarias se presumen, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo (Art. 23 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad).

Ateniendo a la naturaleza de un contrato de obra por encargo, nos encontramos con que quien encarga la obra goza de la presunción legal de que los derechos de explotación le pertenecen al haber sido cedidos por el comisionista en el mismo contrato de obra por encargo. Esto resulta lógico

pues quien encarga una obra pagando por ella, espera obtener los beneficios de explotar dicha obra y la misma no hubiera sido creada de no haber sido solicitada por el comitente.

El contrato de creación publicitaria, ejemplo de obra por encargo, es definido por dicha ley (art. 22) como aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

Nótese que en el contrato de creación se habla de la cesión de los derechos de explotación. Esto implica que los mismos corresponden originalmente al creador de la obra encargada, no a quien encarga su creación. De la misma manera, los derechos morales, que son inalienables permanecen en manos de quien es considerado el autor de la obra, en este caso, la persona contratada a cambio de una contraprestación para crear el proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

Aplicando por analogía lo anterior a cualquier otro tipo de obra hecha bajo un contrato de encargo similar, tenemos que la persona a la que se le encarga la obra, el comisionista, y no quien la encarga, el comisionado, es considerado el autor de la misma pues es el primero quien realiza el acto de creación.

A la obra creada por encargo también pueden aplicarse las disposiciones del Código Civil referentes a la ejecución de obra contenidos en el art. 1588.

Para obtener más claridad hemos de recurrir al derecho comparado y mencionar el art. 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana que establece lo siguiente:

*“Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.*



*La persona que participe en la realización de la obra, en forma remunerada, tendrá el derecho a que se le mencione expresamente su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante.”*

Habría que apuntar que el mismo contrato de creación publicitaria habla de la contratación de personas físicas o jurídicas, es decir existe la posibilidad de que quien efectivamente crea la obra trabaja como asalariado para una empresa que es una de las partes contratantes en el contrato de obra por encargo.

Esto nos pone en el terreno de las obras creadas en una relación laboral en donde el resultado de a quien le pertenecen los derechos es muy similar si hablamos de nuestro Derecho y del Derecho continental en general, pero que tiene consecuencias diferentes si hablamos del *work for hire* como se le llama a la figura en el derecho estadounidense.

En el ordenamiento jurídico español existen disposiciones específicas referentes a las obras creadas por los empleados sujetos a relación laboral y que establecen quien debe de ser considerado el autor de la obra. En el derecho de EEUU esta modalidad de la autoría ocupa un lugar especial. La jurisprudencia de dicho país ha utilizado el desarrollo de esta figura para definir, para todos los efectos, el concepto de autor.

Antes mencionamos ejemplos de sentencias dictadas por tribunales de Estados Unidos en donde se trata la cuestión del *work for hire* y al mismo tiempo se define el concepto de autor. Retomamos algunas de ellas un poco más adelante, para referirnos a la figura de las obras creadas dentro de la relación laboral.

El art. 51 LPI trata lo referente a la transmisión de derecho del autor asalariado, dejando las condiciones de la transmisión de los derechos de explotación al empresario según lo pactado en contrato por escrito (art. 51.1 LPI). A falta de este contrato, se presume que los derechos han sido cedidos exclusivamente al empresario y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad

habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (art. 51.2 LPI).

El art. 51 LPI es evidencia de la intención de reconocer y proteger la inversión de la persona que asume el riesgo de la creación de una obra intelectual. Tanto así lo ha considerado el legislador que la cesión de los derechos de explotación en favor del empresario tiene la categoría de presunción legal, misma que nos permite apreciar su similitud respecto de la obra por encargo.

El apartado 5º del art. 51 LPI remite al art. 97.4 de la misma ley y que regula específicamente la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado.

El art. 97.4 LPI habla de la titularidad de los derechos sobre programas de ordenador .Dispone que cuando un trabajador asalariado crea un programa de ordenador, y lo hace en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes a dicho programa así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario. Todo esto salvo pacto en contrario.

De lo dispuesto en el mencionado artículo se desprende que el trabajador asalariado sigue manteniendo la atribución de la autoría de la obra aunque la cree como parte de las actividades propias de su relación laboral. Por lo tanto, puede retener los derechos morales sobre la misma que de cualquier forma no son transferibles por contrato o bajo cualquier otra forma.

Como sucede con otros tipos de creaciones hechas de la mano de un editor, productor o empresario, los derechos de explotación son los que se entienden cedidos salvo pacto en contrario. Esto nos parece entendible en tanto que es el empresario el que asume el riesgo al realizar la inversión que permite la creación del programa en cuestión.

Solo en las obras hechas dentro del ámbito del contrato o empleo encontramos la cesión dictada por Ley, salvo pacto en contrario. Los derechos de explotación sobre cualquier otra obra creada fuera de dicho ámbito pertenecerán al autor de las mismas.

El *work for hire* anglosajón presenta una diferencia importante con respecto de las obras creadas por encargo y las hechas como parte de la relación laboral no solo en cuanto a la atribución de los derechos de explotación sino en cuanto a la atribución de la misma autoría.

La figura, que se puede traducir como “obra por encargo” es equivalente, por analogía, tanto a lo que en nuestro derecho se regula como esta y como obra hecha como parte de la relación laboral. Sobre todo cuando se trata de obra por encargo, la legislación es muy específica con el tipo de obras que caen dentro de esta figura, ya sea su naturaleza o por el fin para el que son creadas.

La §101 de la Ley de Copyright norteamericana define al *work for hire* o *work made for hire* como 1) una obra hecha por un empleado dentro del ámbito de su trabajo; y 2) como una obra especialmente solicitada o comisionada para utilizarse dentro de una obra colectiva, como parte de una obra cinematográfica o cualquier otra obra audiovisual, como una traducción, como una obra suplementaria, como una compilación, como un texto de enseñanza, como un examen, como el material para responder un examen o como un atlas. La obra solo tendrá esta consideración si las partes acuerdan expresamente en un documento por escrito que la obra debe de considerarse como tal.

La primera y más obvia diferencia respecto de las figuras reguladas en el derecho español, es que la transmisión de derechos puede ser plena en ciertos casos pues como ya sabemos, en el copyright norteamericano solo se reconocen derechos morales a ciertos tipos de autores. Debido a esto, el hecho de que se transmitan los derechos de explotación suele resultar en que el autor original no retenga ningún derecho sobre su obra.

A pesar de lo anterior, el *work for hire* presenta una diferencia aún más importante. El empleador es considerado como el autor de la obra y no el empleado quien es el que en realidad ha creado la obra. Salvo pacto en contrario, todos los derechos del copyright corresponden al empleador o persona que ha encargado la obra (§201(b) de la Ley de Copyright).

Como ya dijimos, la jurisprudencia que desarrolla esta figura también ha servido para desarrollar los requisitos que debe reunir una persona, sea natural o jurídica para ser considerado el autor de una obra y ente los casos más importantes, está *Community for Creative Non-Violence v. Reid* (1989), ya citado anteriormente; y que dirime la cuestión de si la autoría de una escultura hecha a instancia de una organización debe ser atribuida a esta o al escultor de la misma.

En primera instancia, el juez determinó que la autoría pertenecía a *Community for Creative Non-Violence*, la organización, y no a Reid, el escultor, pues se trataba precisamente del primer supuesto del *work made for hire*; el escultor era un empleado de la organización en cuestión. La Corte decidió que fue la organización la que concibió la idea para la estatua y otorgo instrucciones suficientes al escultor para asegurarse que el resultado final sería lo que la organización buscaba.

Sin embargo, en la apelación se resolvió en sentido contrario y el caso llegó a la Suprema Corte. El Tribunal resolvió la controversia confirmando la apelación y determinado que Reid, el escultor, debía ser considerado como un contratista independiente pues no reunía los requisitos establecidos en la §101(a) de la Ley de Copyright. Por lo tanto, no podía ser considerado como empleado de *Community for Creative Non-Violence* y entonces, la obra tampoco podía ser considerada como hecha por encargo al no reunir los requisitos establecidos en la §101(b).

Lo anterior se debe a que, entre otras cosas, no existía un acuerdo por escrito entre las partes declarando a la obra como una hecha por encargo. Además, la escultura no se encuentra dentro de la lista de obras que pueden ser consideradas por encargo y la sentencia dice que para que una obra

pueda ser considerada hecha por encargo, debe de encajar en una de nueve categorías que se enumeran en la misma sentencia.

La sentencia contiene una definición del concepto de autoría pues estableció que como regla general, un autor es aquel que efectivamente crea la obra, es decir, la persona que transforma una idea en una expresión tangible y fijada en un soporte y que es susceptible de protección bajo las leyes de Copyright. Muchas sentencias posteriores han utilizado lo establecido en esta sentencia para perfilar la figura del autor dentro del sistema legal norteamericano.

En palabras de la propia sentencia, la atribución de la autoría a la persona que efectivamente crea la obra tiene una “excepción importante.” Esta excepción se da en el caso de lo dispuesto en la §201 de la Ley de Copyright que establece que en este tipo de obras, salvo que exista pacto por escrito en contrario, el empleador o cualquier otra persona para quien la obra se prepara, debe de tener la consideración de autor de la misma y por lo tanto, posee el copyright.

Cabe matizar que no se está hablando de que exista una transmisión de derechos entre quien realiza la obra y quien la encargó o entre empleado/creador y empleador. Cabe matizar que no se está hablando de que exista una transmisión de derechos entre quien realiza la obra y quien la encargó o entre empleado/creador y empleador. Bajo el punto de vista del copyright no existe una transmisión de los derechos de un creador originario a otra persona, sino que el tenedor originario de los derechos puede ser este empleador o persona que ha encargado el trabajo. En palabras de la propia sentencia: clasificar una obra como “hecha por encargo” determina, entre otras cosas, quién es el dueño original de los derechos de copyright.

#### **2.3.4 Otros titulares de derechos.**

En ocasiones, terceras personas, distintas del autor, obtienen a través de una cesión que goza de la categoría de presunción legal en algunos casos, los derechos de explotación sobre la obra, aunque no son los titulares originarios de dichos derechos. Además, existe otro grupo de personas

que sin ser consideradas autores de una obra, son los tenedores originales de ciertos derechos otorgados por la ley. Entre estos beneficiarios están los productores de grabaciones audiovisuales o de obras radiofónicas y también los productores de fonogramas.

Pero también existe otro grupo, el de los llamados y que son los artistas intérpretes y ejecutantes a los cuales se les otorgan ciertos derechos, tanto patrimoniales como morales, pero que no son exactamente los mismos que a la persona que se le considera plenamente como autor.

Existen pues, dos grupos claramente distintos de “otros titulares”: por un lado los artistas que gozan de derechos morales y derechos de explotación sobre sus interpretaciones o ejecuciones; y por el otro, los distintos tipos de productores que gozan de ciertos derechos exclusivos sobre grabaciones o fijaciones de ciertos tipos de obras.

Debemos de agregar un tercer grupo en el que se encuentran las entidades de radiodifusión, los titulares de derechos sobre las meras fotografías y los titulares de derechos de autor sobre las bases de datos.

#### **2.3.4.1 Artistas intérpretes o ejecutantes.**

El art. 105 LPI define al artista intérprete o ejecutante como aquella persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra, incluyendo además a los directores de escena y los directores de orquesta en este grupo y por lo tanto otorgándoles los mismos derechos.

Todo artista intérprete o ejecutante es cualquiera que realiza una actividad de las anteriores y cualquier otra equiparable y la característica fundamental al tenor de la LPI es que dicha interpretación se hace sobre una obra. Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:255) nos pone un ejemplo: el torero; aunque popularmente algunas personas digan que lo que realiza es “un arte”, no puede ser considerado como artista intérprete o ejecutante puesto que su actividad no recae sobre una obra.

Para (Castilla Barea, 2010:191), lo anterior:

“...establece una diferencia con otros titulares de derechos conexos, como son los productores de fonogramas o de audiovisuales, a los que se concede un derecho de propiedad intelectual por los registros de obras o de sonidos e imágenes que no reciben tal clasificación...”

Otros ordenamientos jurídicos no limitan la definición del artista intérprete o ejecutante a aquel que ejecuta obras. El Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas en su art. 2.a considera también como artistas a quienes cantan, recitan, declaman, interpretan o ejecutan en cualquier forma expresiones de folclore.

Es cierto que el folclore puede ser difícil de atribuir y en ocasiones puede ser imposible. Pero, aunque no podamos saber cuál es el momento de su creación o no podamos atribuir su autoría, creemos que el folclore sí puede ser considerado como obra.

La práctica totalidad de las expresiones folclóricas pueden ser clasificadas como obras, si bien estas estarán en el dominio público o tendrán la protección completa si alguien hace una obra nueva a partir de dicha expresión folclórica.

La fijación de una ejecución de una pieza folclórica aunque no necesariamente genere la protección como obra de dicha pieza, sí puede generar protección sobre la interpretación del artista fijada en un soporte. Este es un ejemplo claro de cómo una obra en el dominio público, cuando es reutilizada, puede generar derechos para la persona que realiza la libre utilización y revalorizar así una obra que el mercado ya consideraba como obsoleta.

La protección a los artistas no recae sobre representaciones efímeras hechas ante un público determinado y limitado por el espacio temporal y físico pues tal interpretación en sí no puede ser posteriormente divulgada o reproducida o comunicada públicamente, derechos, entre otros, que forman el contenido de los derechos de autor y que son los que la Ley otorga a sus sujetos.

Tal y como la aparición de la imprenta propició la aparición de la protección a los autores, son los medios técnicos que permiten fijar en un soporte las interpretaciones y ejecuciones de los

artistas los que han motivado la protección a estos artistas pues estos medios son los que permiten que estas interpretaciones sean susceptibles de ser explotadas.

El objeto de la protección del derecho de autor de los artistas es precisamente su interpretación o ejecución: la versión concreta y propia que hayan efectuado de la ejecución o de la interpretación de una obra (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:224).

A toda persona considerada artista se le reconocen ciertos derechos morales que no tienen modalidades tan amplias como la de las personas consideradas como autores lo que establece una diferencia entre unos y otros. Los autores por ejemplos cuentan con el derecho a decidir cuándo divulgar la obra y los artistas no, que pueden eso sí, al igual que los primeros exigir la atribución.

La protección es más limitada y los artistas no tienen la misma consideración de autores puesto que dependen de la existencia previa de una obra para que entonces puedan interpretarla o ejecutarla de una forma concreta, original y propia. Su actividad recae sobre una obra preexistente, sea esta propia o ajena, protegida o en el dominio público (Loc.Cit.). Si la obra es propia, el artista recibirá la protección como autor de dicha obra y será considerado al mismo tiempo el autor de la misma y un artista en el momento que decida interpretarla, con la consecuente protección para su interpretación.

#### **2.3.4.2 Productores.**

Así como el objeto de la protección para los autores es la obra y para los artistas es la fijación de una interpretación o ejecución, para los productores el objeto es la fijación de la obra: para el productor audiovisual lo es la fijación de la obra audiovisual, para el productor del fonograma el mismo fonograma.

Los derechos de los productores, coinciden aunque no en su totalidad con las del autor y las del artista (Castilla Barea, 2010:230). La ley no les otorga derechos morales pues estos no son los autores de la obra. Sin embargo, sobre los productores de obras audiovisuales y fonogramas recaen



originalmente derechos de explotación pero cuya aparición depende de la creación de la obra por parte del autor pues el productor tendrá estos derechos sobre una fijación de una obra, no sobre la obra misma: “existe un paralelismo entre los derechos de explotación de los autores, y el de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:242).

Autor y productor tienen derechos de explotación pero estos no deben confundirse: “a cada uno le corresponde la propiedad intelectual sobre un objeto diferente: Al productor sobre el fonograma... al autor sobre la obra” (Castilla Barea, 2010:230). De la misma manera al artista intérprete le corresponden derechos únicamente sobre su interpretación.

La LPI contiene definiciones tanto de productor de fonograma como de productor de la grabación audiovisual.

El productor de fonograma es definido por el artículo 114 LPI como la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de esta será considerado productor del fonograma.

La “fijación” de la que habla el mencionado artículo es el fonograma en sí y el mismo lo define como “*toda fijación exclusivamente sonora de una obra o de otros sonidos.*” La Ley otorga originariamente al productor de dicho fonograma los derechos exclusivos de autorizar la reproducción, la comunicación pública y la distribución de dicho fonograma (arts. 115 a 118 LPI).

El productor es el tenedor originario de estos derechos exclusivos sobre el fonograma no sobre la obra en sí. Por un lado está el autor, que es quien tiene derechos sobre la obra sonora que ha sido creada y por el otro está el productor, quien tiene derechos sobre la fijación de la obra, es decir sobre el fonograma, y no sobre la obra en sí. Autor y productor tienen derechos de explotación pero estos no deben confundirse: “a cada uno le corresponde la propiedad intelectual sobre un objeto

diferente: Al productor sobre el fonograma... al autor sobre la obra” (Castilla Barea, 2010:230). De la misma manera al artista intérprete le corresponden derechos únicamente sobre su interpretación.

Puede darse el caso en que el autor y el productor del fonograma sean la misma persona. Esta situación se presenta cada vez más con frecuencia en el mundo de la música, más en concreto en la llamada música electrónica. Sucede que en ocasiones la misma persona lleva a cabo tanto las labores de creación como las de producción y frecuentemente esto se hace combinando sonidos generados por ordenador con otras pistas preexistentes. Así, la misma persona tendría dos tipos diferentes de derechos, unos sobre la obra, que son tanto morales como de explotación y otros derechos de explotación sobre la primera fijación de la obra que se ha hecho por supuesto, bajo su propia iniciativa.

Ver a propósito de este tema a Díez (2013) que describe como la figura del productor del fonograma y la del autor de una obra musical que se fija en el fonograma, pueden llegar a confundirse, de hecho fundirse, en una sola persona.

De la misma manera, el art. 120 define a la grabación audiovisual como la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obra audiovisuales.

Se hace una diferencia entre grabación audiovisual y obra audiovisual. Se hace la diferencia entre la fijación de una obra (la grabación) y la obra misma (la obra audiovisual) de la misma manera en que se hace la diferencia entre obra y fijación de una obra en un fonograma.

El art. 86 LPI define a las obras audiovisuales, entre las que se encuentra la cinematográfica como aquellas creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.

Al igual que con los fonogramas, existe la posibilidad de que el objeto de la fijación no sea una obra. Lo importante es que lo que se fije en un soporte sean planos o secuencias de imágenes con o sin sonido de la misma manera que en los fonogramas lo importante es que se graben sonidos aunque estos no puedan ser considerados como una obra.

En el caso de ambos tipos de grabaciones, cuando lo que se fija en el soporte, sonoro o audiovisual es una obra, pues entonces existirá una protección paralela, tanto para la obra como para la fijación.

El art. 120 LPI define además al productor de una grabación audiovisual como la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual. La LPI otorga a este productor los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución sobre la grabación (arts. 121 a 123 LPI).

#### **2.3.4.3 Entidades de radiodifusión, titulares de derechos sobre meras fotografías, y determinadas producciones editoriales.**

Existe un tercer grupo de titulares de derechos y que es necesario separar de los productores y los artistas pues existen peculiaridades en cuanto a la protección que se les otorga y el objeto sobre el que recaen estos derechos.

Hemos decidido catalogar a estos otros titulares en un mismo grupo debido a estas peculiaridades y porque, con carácter general, se suele utilizar esta clasificación.

Las entidades de radiodifusión también son titulares de derechos que no se consideran producto de la creación, es decir no son derechos de autor propiamente sino que son lo que se llama “derechos conexos” o “derechos afines” a los derechos del autor.

Podemos comparar los derechos otorgados a las entidades de radiodifusión con los derechos otorgados a los productores pues no recaen sobre la obra en sí, recaen sobre una actividad que usualmente está basada en fijación de una obra. El productor obtiene derechos sobre una fijación,

una entidad de radiodifusión obtiene derechos sobre una transmisión o emisión efectuada por la misma.

El objeto de la protección no es el contenido, es decir, no es lo transmitido, es el continente: la emisión o transmisión en sí y que puede o no contener una obra susceptible de ser protegida por el derecho de autor (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:253).

. En términos del derecho de la información, podemos decir que estos titulares no tienen derechos sobre el mensaje en sí; su derecho recae sobre el medio técnico utilizado para transmitir el mensaje.

El art. 126 LPI otorga a las entidades de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual; de autorizar la reproducción de las fijaciones de sus transmisiones o emisiones; poner a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (lo que incluye al acceso bajo demanda a través de Internet y otras técnicas similares); la retransmisión por cualquier procedimiento técnico de sus emisiones o transmisiones; la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago del derecho de admisión, y; la distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones.

Tal y como sucede con el derecho de autor, pero también con los derechos de los artistas y productores, el derecho de las entidades de radiodifusión depende de la fijación de sus emisiones. Dichas fijaciones pueden ser explotadas en diferentes modalidades, muy similares a las de los derechos de explotación del autor.

La Ley define tanto la emisión como la transmisión en su artículo 20. El inciso c) define a la emisión como la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la

recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen. El inciso e) dice que transmitir es hacer llegar obras al público a través de hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

Ahora bien, en ciertos casos, puede ser que una persona realice actos, similares a la creación de obras, pero que al no reunir los requisitos establecidos por la Ley, no puedan ser considerados como obras protegidas.

Lo anterior es porque el derecho de autor establece reglas muy específicas para lo que debe de ser entendido como una obra, siendo requisito indispensable el que tenga un cierto grado de originalidad.

Tal es el caso de las meras fotografías que son, según el art. 128 LPI, fotografías o reproducciones obtenidas por métodos análogos a la fotografía pero que no puedan ser consideradas como obras protegidas y aunque la Ley no las define como tales, se entiende que carecen del grado de originalidad necesario que se exige. Quien ha realizado estas fijaciones consideradas como “meras fotografías”, al no poder considerarse que se haya creado una obra, no puede ser considerado como autor.

La jurisprudencia española (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, núm. 236/2006, de 19 de junio) se ha pronunciado sobre los elementos de originalidad que deben de tener las fotografías para poder ser consideradas como obras:

“En el caso que nos ocupa, no parece que existan motivos que individualicen las fotografías al extremo de merecer la calificación de originales, de artísticas, en suma, de «obra fotográfica», ya que no se aprecia en ellas ningún elemento diferenciador de las que cualquier fotógrafo no profesional pudiera hacer. La simple perfección técnica, de encuadre, luz, pose y contraste, no resulta en absoluto suficiente. Las fotografías son «planas», esto es, no aportan más que el retrato de unas figuras tal cual son, sin incorporar elemento alguno que las originalicen respecto de cualesquiera otras que de dichos rostros pudieran hacerse. En conclusión, pueden ser perfectas desde un punto de vista técnico –que no discutimos-, pero en absoluto poseen el plus de originalidad que las eleven a la categoría de artísticas en los términos de artículo 10-1 TRLPI.”

El hecho de que una fotografía carezca de originalidad y no pueda ser considerada como una obra no quiere decir, para el derecho de autor que no haya algo protegible.

Nos dice Antequera Parilli (2012:61) que:

“Lo que parece justificar la protección *sui generis* de las meras fotografías es la posibilidad de que una fijación fotográfica no tenga características creativas (incluso que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante), pero que sea susceptible de tener un valor económico apreciable, cuya explotación libre y gratuita por terceros podría considerarse un aprovechamiento parasitario o un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.”

Nos recuerda Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:255) que “las meras fotografías son también objeto de protección en cuanto constituyen el resultado de un trabajo que puede tener un gran valor comercial, documental, científico o informativo.

En nuestra opinión, se trata de una especie de ficción jurídica, pues quien realiza las fotografías no protegibles por la ley realiza actos muy similares al que realiza fotografías consideradas como obras. Es por no reunir los requisitos establecidos que no son consideradas como tales. La Ley reconoce esto y al no poder otorgar derechos a un autor sobre su obra, pues dicha obra no existe para la legislación, otorga derechos sobre la fijación de dicha “no-obra.” Quizás por ello la Ley escoge llamarle un derecho *sui generis*.

Aunque no se considera que existe una obra, si existe un acto similar con un valor que permite obtener un beneficio a través de su explotación, de ahí que la Ley haya optado por proteger a quien realiza este tipo de fotografías y le otorgue el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública en los mismos términos en que protege a los autores de obras fotográficas.

Al no ser considerado autor quien realiza la mera fotografía se presentan dos diferencias fundamentales con la fotografía que si alcanza la categoría de obra: la primera es que no se otorgan derechos morales y la siguiente es que el plazo de protección es mucho menor: veinticinco años

computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción (art. 128 LPI).

Así lo establece el 128 LPI. La decisión de otorgar dicho plazo nos parece digna de destacar. A pesar de que a este tipo de fotografías no se les considera como obras, ni a sus realizadores autores, la legislación ha decidido protegerlas puesto que se ha percibido el valor comercial de las mismas, se ha reconocido que su explotación puede traer réditos a quien las realiza. Como sabemos, existe gente que se dedica profesionalmente a la actividad.

El legislador parece pensar que tanto la mera fotografía como la fotografía considerada como obra tienen un valor comercial similar puesto que otorga a la primera derechos exclusivos en los mismos términos reconocidos en la Ley a los autores de obras fotográficas, según el mencionado art. 128 LPI. Sin embargo, le otorga un plazo menor de protección posiblemente porque el autor considera que al no tratarse de obras, su realizador no merece una protección tan fuerte.

Pero, ¿No será un indicio de que también las obras pueden protegerse por plazos relativamente menores y aún así permitir a sus creadores obtener réditos suficientes que compensen el haber realizado la creación? Analizamos esta cuestión en el capítulo correspondiente, en donde abordamos la tesis de que los plazos de protección tienen una excesiva duración que afecta al dominio público sin ofrecer, por el simple hecho de su duración, mayor beneficio a los autores.

Finalmente, pasaremos a hablar de las obras que han pasado ya al dominio público pero que han permanecido inéditas durante todo el plazo de protección. Si se ha cumplido el plazo de protección, generalmente setenta años después de fallecido el autor, dicho autor ya no puede estar ahí para decidir si desea divulgar o no su obra.

Por ello, la Ley otorga derechos exclusivos para explotar dicha obra a toda persona divulgue lícitamente dicha obra inédita (art. 129 LPI). Los derechos serán los mismos que hubieran

correspondido al autor, es decir la reproducción, comunicación pública, distribución y transformación sobre la obra.

Según Fernández Beltrán (2011:97), el que una obra sea inédita debe interpretarse “...como obra no publicada siguiendo al artículo 4 de la Directiva 2006/116/CE, previsto para la protección de obras no publicadas previamente.”

La Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 y relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, a la que se refiere Fernández Beltrán establece a este respecto:

*“Artículo 4. Toda persona que, después de haber expirado la protección de los derechos de autor, publique lícitamente o comunique lícitamente al público por primera vez una obra que no haya sido publicada previamente, gozará de una protección equivalente a la de los derechos económicos del autor. El plazo de protección de dichos derechos será de veinticinco años a partir del momento en que la obra haya sido publicada lícitamente o comunicada lícitamente.”*

Del mismo modo, los editores de obras no protegidas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales. Podríamos decir entonces que la Ley exige cierta originalidad en la presentación de dichas ediciones.

El mismo art. 129 otorga estos derechos y se refiere a “obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de la presente Ley” por lo que se entiende que se trata de obras y títulos que no gozan del requisito de originalidad. Podríamos decir entonces que la Ley está hablando de obras literarias que no se consideran obras.

El art. 130 LPI establece para ambos tipos de obras, un plazo de protección de 25 años a partir del 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita o publicación de la obra, según sea un caso o el otro. Estamos aquí ante otra instancia en la que, reconocido el potencial económico que



tiene la explotación de obras o elementos que no son considerados como obras pero que se explotan de la misma manera, el plazo de protección es menor, porque la protección no se otorga a un autor si no a un titular de derechos considerado como secundario.

#### **2.3.4.4 Titulares de derechos sobre bases de datos.**

Según el art. 12 LPI las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, son objeto de propiedad intelectual.

La LPI española define en el mismo artículo a las bases de datos como colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica, y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

Producto de la transposición de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo que introdujo la regulación a la LPI vigente) existe un tipo de protección, calificada de “*sui generis*”, para las bases de datos que cumplen ciertos requisitos establecidos en el art. 133 LPI.

Estos requisitos consisten en que la base de datos sea producto de “*una inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación presentación de su contenido*” (art. 133 LPI).

Puede ser que una base de datos considerada como obra sea protegida por el derecho de autor pero que además, el fabricante de la misma sea protegido por este mismo derecho “*sui generis*”. De la misma manera, una base de datos que no alcanza la categoría de obra, si cumple con los requisitos que hemos mencionado, de todas formas recibirá la protección “*sui generis*” contenida en la Ley. Para Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:263):

“esta doble protección surgió como consecuencia de la insuficiencia del derecho de autor para proteger a los titulares de bases de datos carentes de originalidad, pero cuya elaboración era el fruto de esfuerzos e inversiones sustanciales que no se querían dejar sin protección.”

Cuando se protege a una base de datos que se considera como una obra original, se está protegiendo su estructura: la forma original en que sus contenidos se eligen o son presentados como fruto de la actividad intelectual de su autor.

El derecho “*sui generis*” de las bases de datos no es un derecho de autor pues el objeto de la protección no es esa presentación o selección original de contenidos sino que es una inversión, sea esta económica o valuada en tiempo, esfuerzo o energías, realizada para obtener, verificar o presentar el contenido de las bases de datos.

El fabricante de datos de una base de datos que no es considerada como original puede recibir una protección consistente en prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de esta. Este derecho además puede transferirse, cederse o darse en licencia contractual (art. 133.1 LPI).

Además, podrá prohibir la extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos “*que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base*” (art. 133.2 LPI).

El titular de este “derecho *sui generis*” es el fabricante, definido en la Ley como aquella “*persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales orientadas a la obtención, verificación o presentación de su contenido*” (art. 133.3 letra a) de la LPI).

## **2.4 Objeto de protección de los derechos de autor: la obra.**

Como adelanta el título de esta sección, el objeto del derecho de autor, sobre el cual recae la protección, es la obra. El sujeto, el autor, tiene un derecho sobre este objeto, y por supuesto, este derecho solo nace con la creación de la obra. El derecho de autor solo existe si existe la obra.

El art. 10 LPI define el concepto de obra como toda creación original literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

En el plano del derecho comparado, la Ley Federal del Derecho de autor mexicana define a las obras de una manera similar pero mucho más general pues define a las obras protegidas como *“aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio”* (art 3º de la Ley Federal del derecho de autor mexicana).

Como podemos apreciar, la legislación mexicana no limita las categorías de lo que se entiende por obra aunque matiza en artículos posteriores que la protección de la Ley versa sobre *“obras literarias y artísticas”* (arts. 11 y ss. de la Ley Federal del derecho de autor mexicana).

Lo anterior haría parecer que la legislación mexicana es más sesgada pues no admite a las obras científicas pero no debemos de olvidar que el Convenio de Berna, adoptado por ambos países, establece que el *“término obras literarias y artísticas” comprende “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico”* (art. 2 del Convenio de Berna). En realidad, ambas legislaciones, mexicana y española, están diciendo exactamente lo mismo de manera ligeramente diferente.

En la Ley de Copyright de Estados Unidos también se encuentra definido el objeto de protección del derecho de autor, el *subject matter of Copyright* por utilizar sus términos, en la §102 del dicho instrumento jurídico. Dicho artículo dice que la traducción sería que la protección recae en las obras de autoría original, fijadas en un medio tangible de expresión, que se conozca en el presente

o desarrolle en un futuro, a través del cual (dichas obras) pueden ser percibidas, reproducidas o comunicadas de cualquier forma, ya sea directa o con la ayuda de una máquina o dispositivo.

Es de notar que el art. 2.3) del citado Convenio de Berna se refiere a la protección de obras originales pero, regresando a los tres ordenamientos jurídicos nacionales que hemos mencionado, nos damos cuenta que una característica esencial de la obra es que sea una “creación original” para gozar de la protección de la Ley (art. 10 LPI). En comparación, la §102 de la Ley del Copyright utiliza la expresión, en inglés, *original work of authorship*. El art 3º de la Ley Federal mexicana también habla de “*creación original*.”

Qué debe de entenderse por originalidad ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia también ha intentado arrojar luz sobre su significado.

El requisito de originalidad puede entenderse desde dos puntos de vista, uno subjetivo que implicaría que una obra no ha de haber sido copiada de otra ajena; y otro objetivo, en cuyo caso el requisito consistiría en haber creado algo nuevo, no existente previamente, es decir, el requisito es uno de novedad de la obra.

Según Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:49):

“Tradicionalmente la doctrina ha venido entendiendo que la originalidad relevante para el caso es la subjetiva, rechazando por consiguiente el requisito de la novedad... Ello se relaciona con la idea de que la originalidad se manifiesta como un reflejo de la personalidad del autor en la obra, constituyendo así la garantía de la singularidad de la misma. Lo que ocurre es que hoy en día el marco de referencia en el que se basaba esa concepción de la originalidad ha quedado profundamente alterado... Ahora,... -sin duda, ya la mayor parte- de las obras protegidas implican tan escasa aportación creativa del autor, que resulta imposible detectar en ellas ningún rastro de la personalidad de aquél.”

(Esto ha llevado a) “...cuestionar la corrección de la concepción subjetiva de la originalidad, y a propiciar como preferible por su mayor claridad y exactitud la tesis objetiva de la originalidad, considerando como tal la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente.”

Fernández Beltrán (2011:48) nos dice que:

“Según los cánones doctrinales, la originalidad subjetiva se predica de aquellas obras que dejan traslucir en su forma de expresión la personalidad del autor, su talento singular, de forma que si dos autores llegasen al mismo resultado por azar, sin haber tenido acceso previo a la obra del otro, no habría infracción de los derechos de propiedad intelectual, puesto que las dos obras serían creaciones personales, independientes y auténticas de cada uno de sus autores y, en cuanto tales, dignas de protección. La obra intelectual será original, por tanto, cuando sea una copia o un plagio de la obra de otro autor.”

En la opinión de Antequera Parilli (2012:15):

“el único factor que debe tomarse en cuenta para la apreciación de la originalidad de una obra... es el sello o la marca personal del autor como reflejo de su personalidad, pues juzgar la originalidad desde la perspectiva de la *altura creativa* entraría en conflicto con el principio, recogido expresamente en muchas legislaciones, por el cual las obras están protegidas cualquiera que sea su mérito.”

El criterio de originalidad objetiva no es apropiado según este mismo autor pues “...más propio de las invenciones, los modelos de utilidad y los diseños industriales, que del derecho de autor...” (Loc.cit.)

Aunque como nos dice Fernández Beltrán (2011:49), en la práctica “la jurisprudencia (española) ha venido decantándose por una u otra forma de originalidad dependiendo del caso concreto, y parece contemplarlas más como recursos complementarios que como conceptos contrapuestos.” Nos dice también que:

“...las múltiples posibilidades creativas que se dan en la práctica (más aún en un siglo en el que las nuevas tecnologías se presentan no solo como plataforma de difusión de contenidos sino como materia misma de la creación) obligan a utilizar las categorías jurídicas de forma flexible, dando cabida a expresiones literarias y artísticas que de un modo u otro (subjetiva u objetivamente, si se quiere) resulten originales, y sin perder de vista en ningún momento la finalidad comercial y económica de las artes y de las manifestaciones creativas, y la importancia que revisten como activos económicos en el mercado del entretenimiento, en la publicidad y en tantos otros sectores socio-económicos” (Ibíd.:53).

Para los tribunales norteamericanos la originalidad subjetiva es la que más se ajusta con los requisitos de la originalidad y de la misma forma, se valora como original la obra considerada como creación independiente y que no es una copia exacta de la obra de otro autor. Parece que los

requisitos de novedad, ingenio y mérito artístico han sido dejados fuera de su concepto de originalidad.

La sentencia en el asunto *Feist v. Rural Telephone* (1991) establece que la originalidad, para el copyright norteamericano, es una condición *sine qua non* para que una obra pueda ser protegida y a continuación establece qué debe entenderse por originalidad: original quiere decir que la obra ha de crearse independientemente por el autor (y no copiada de otras obras ajenas) y que debe poseer un grado mínimo de creatividad. Dicho grado de creatividad debe de ser entendido como extremadamente bajo, una escasa cantidad debe de ser considerada como suficiente.

Lo anterior es contrario a lo que podríamos esperar del copyright norteamericano en donde la personalidad del autor no suele ser el centro del debate respecto de la protección, parece ser que para los tribunales de EEUU si es un factor a tener en cuenta.

En *Satava v. Lowry* (2003) el Tribunal ha dicho que para que una obra sea considerada original debe de existir algo más que una variación trivial, debe de reconocerse algo propio del autor.

Aunque el barómetro de la originalidad sea extremadamente bajo, aún así es necesario que el autor haga algo más que una variación trivial de una obra anterior, el trabajo debe de poder reconocerse como suyo (*Magic Marketing v. Mailing Services of Pittsburgh* 1986). No debe de tratarse de una simple copia (*Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enters, Inc.*, 1991).

De hecho, la jurisprudencia define lo que es una copia carente de toda originalidad en *ATC Distrib. Group Inc. v. Whatever it Takes Transmissions & Parts, Inc.* (2005): La originalidad no puede existir en las copias calcadas, las copias fidedignas y exactas, que para la Corte son “la antítesis de la originalidad.”

Para la Suprema Corte norteamericana se trata entonces de una originalidad subjetiva que depende de dos factores: la “creación independiente” y “un grado mínimo de creatividad”. El

concepto originalidad nada tiene que ver con el de novedad y esto se deja tajantemente claro tanto en el Copyright norteamericano como en otros países que regulan el derecho de autor de manera similar en el sistema del *Common Law* (Golvan, 2007:14).

La jurisprudencia de EEUU ha procurado establecer cuál es ese grado mínimo y ha considerado que expresiones que son comunes y corrientes o convencionales respecto de un tema o medio en particular no son protegibles (*Feist v. Rural Telephone*, 1991).

En España, Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:52) parece preocupado por el hecho de que el grado mínimo de originalidad sea un concepto demasiado vago, y nos propone una forma de determinar dicho grado mínimo de originalidad:

“...para saber hasta qué punto una creación presenta suficiente originalidad... habrá que tener en cuenta en primer lugar el dictamen de los especialistas. Pero también será importante conocer hasta qué punto el público frente al que se comercializa la obra aprecia o no la existencia de diferencias con respecto a otra u otras obras similares.”

Al margen de cuál deba de ser el criterio correcto de originalidad, el que el derecho de autor proteja a obras consideradas como originales, no quiere decir que la totalidad del contenido de una obra sea protegible.

El copyright norteamericano es claro en esto y menciona expresamente qué no es protegible, es decir, que parte de ese todo que es una obra es protegible como obra original y qué parte queda fuera del ámbito de protección.

La §102 de la Ley de Copyright establece que la protección sobre una obra original no se extiende a cualquier idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio, o descubrimiento, sin importar la forma en que sea descrita, explicada, ilustrada o contenida en dicha obra.

A nivel de Tratados Internacionales, el del acuerdo ADPIC deja expresamente fuera de la protección a “las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.”

De todos estos elementos no protegibles, el más notorio es quizás la idea. Las ideas se excluyen del ámbito de protección pues se entiende que es necesario que las ideas circulen libremente “ya que sería peligroso que una persona se dijese propietaria de sus ideas” pues obstruir el acceso a las mismas podría entorpecer la creación de nuevas obras. Es por esto que “la exclusión de las ideas del campo del derecho de autor aparece como un principio universal” (Colombet, 1997:10).

Lo que se protege es una forma de expresión original que sirve para comunicar ideas, información y conocimientos que deben de estar disponibles para circular libremente. El derecho de autor protege la expresión de las ideas para incentivar su comunicación, pero no protege a la idea en sí porque entiende que es necesario que dichas ideas circulen libremente.

De ahí que se proteja precisamente la obra original que es esa externalización del autor, esa expresión concreta que generalmente se hará, aunque no sea requisito en ordenamientos como el español (art. 10 LPI), mediante su fijación en un soporte.

Siguiendo la clasificación establecida en la LPI española nos encontramos en que estas expresiones concretas hechas por el autor se pueden clasificar en cuatro grandes grupos: las obras originales propiamente dichas, las obras derivadas, y las colecciones y bases de datos.

#### **2.4.1 Obras originales.**

El art. 10 LPI que hemos mencionado ya, dice a la letra:

*“1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:*

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y soluciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera obras de la misma naturaleza.*
- b) Las composiciones musicales, con o sin letra.*
- c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.*
- d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.*
- e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.*
- f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.*



- g) *Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.*
- h) *Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.*
- i) *Los programas de ordenador.*

*2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.”*

Cabe señalar que esta lista no es exhaustiva, nótese que el artículo apunta que los elementos de la lista están entre lo que puede ser considerado como obra literaria, artística o científica (“...comprendiéndose entre ellas...”) y no dice que solo se comprenden entre las obras lo que aparece en la lista.

Eso sí, hay que decir que el que la lista no sea exhaustiva no quiere decir que todo libro, folleto, composición musical, proyecto, gráfico, etc. es automáticamente considerado como obra pues es absolutamente necesario:

“...que concurra el presupuesto de constituir una creación original... (pues) ...la función del art. 10 TRLPI es determinar qué se entiende por obra literaria, artística o científica... a efectos de protección de la mencionada ley, lo que no tiene necesariamente que coincidir con lo que pueda ser considerado como obra desde un punto de vista distinto...” (Magro Servet, 2010:28).

En comparación, el art. 13 de la Ley Federal del derecho de autor mexicana establece un catálogo de obras que gozan de la protección de la Ley y palabras más, palabras menos, son las mismas que en la legislación española.

La legislación norteamericana (§102 de la Ley de Copyright), lista por su parte, incluye entre lo que considera obras a las literarias, las obras musicales, incluyendo la letra, las obras dramáticas, incluyendo la música que las acompaña; las obras de coreografía o pantomima; las obras pictóricas, gráficas y esculturales; las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales; las grabaciones sonoras; y las obras arquitectónicas. El término “incluir” que aparece en la legislación debe de ser entendido como que la lista de obras es a modo ilustrativo pero no limitativo (Reporte del Congreso de los Estados Unidos, 1976).

Queda claro que ninguno de los tres ordenamientos pretende establecer una lista exhaustiva. Tampoco lo pretende el Convenio de Berna que en su art. 2.1) contiene una lista de obras que deben gozar de protección en los ordenamientos jurídicos de los países miembros, siendo estas obras literarias y artísticas que comprenden todo tipo de producciones del campo literario, científico y artístico, “cualquiera que sea el modo de expresión” y posteriormente estableciendo una lista de ejemplos que es la que adoptan países miembros como España, México o los Estados Unidos.

#### **2.4.2 Obras derivadas.**

Como ya hemos dicho, la creación de obras depende generalmente del acervo cultural existente y de lo que el autor toma, aprende o se inspira a partir de creaciones previas, que utiliza para crear su obra original.

Al margen de esto, existe un tipo de obra, también original, pero que es resultado directo del uso de otra obra original preexistente, y protegida por el derecho de autor. A esta obra, basada en una que existe previamente y que generalmente nace como resultado de una transformación o incorporación de la obra original en la nueva, se le llama obra derivada.

El art. 11 LPI nos da una lista, a modo de ejemplo, de lo que puede considerarse como obra derivada:

1. Las traducciones y adaptaciones.
2. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
3. Los compendios, resúmenes y extractos.
4. Los arreglos musicales.
5. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

El apartado 5º de dicho artículo 11 contiene el concepto general de obra derivada: “*obra procedente de la transformación de obra preexistente*”; además de esto, la obra derivada debe reunir todos los requisitos exigidos para todo tipo de obra, contenido en el art. 10 LPI: la obra derivada

también debe de ser una creación original expresada por cualquier medio o soporte por lo que la contraposición correcta no es como dice la Ley, entre obra original y obra derivada, es entre obra derivada y obra preexistente (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:67).

La §101 de la Ley de Copyright de Estados Unidos define a la obra derivada como aquella obra que se basa en una o más obras preexistentes, tales como las traducciones, arreglos musicales, dramatizaciones, ficcionalizaciones, versiones cinematográficas, fonogramas, reproducciones de arte, resúmenes, condensaciones o cualquier otra forma en que la obra pueda ser presentada de nuevo, transformada o adaptada. También considera como obras derivadas a aquellas que consisten en revisiones editoriales, ediciones anotadas, elaboraciones o cualesquiera otras modificaciones, que, como un todo, representen una obra original.

La §103 de la Ley de Copyright dispone lo referente a la protección de las obras derivadas precisando que la protección se extiende solamente a la contribución del autor de dicha obra derivada, diferenciándole del material preexistente utilizado en la obra nueva. Todo esto sin perjuicio de la protección y los derechos que el legítimo tenedor tenga sobre la obra original. Es de notarse también que el mismo artículo establece el requisito necesario de originalidad que también deben cumplir las obras derivadas.

La §103 dispone también que es necesario que la utilización de material se haga dentro de la legalidad, es decir, que exista la autorización correspondiente para utilizarlo, de lo contrario no existirá protección para la obra derivada basada en este material. La jurisprudencia deja esto más claro diciendo cuando se refiere a la adaptación de una obra diciendo que incluso cuando exista originalidad, no puede haber protección si quien adapta la obra no cuenta con la autorización para crear la nueva versión. Ver (Palladium Music Inc. v. EatSleep Music, Inc., 2005) y lo dicho al respecto por (Gorman y Ginsburg, 2006:179).

Recordemos que una de las condiciones de la obra derivada es que los derechos de la obra original queden a salvo. Considerar una mera reproducción como una obra derivada no cumpliría con estos requisitos pues la reproducción hecha por el supuesto autor de dicha supuesta obra derivada competiría en el mercado con el autor de la obra original según lo establecido en la sentencia *Entertainment Research Group, Inc. v. Genesis Creative Corp, Inc.* (1997).

Por el contrario, si la aportación del nuevo autor son tales que se puede percibir una obra nueva y original, entonces el derecho que se verá afectado es el derecho de transformación.

Pero, ¿debe de ser el barómetro para decidir si la obra derivada es original más alto que para las obras originales que no son derivadas de otra? En la jurisprudencia norteamericana se piensa que dar protección obras derivadas que se limiten a ser “variaciones minúsculas” tendría un efecto adverso pues podría permitir la apropiación y monopolización de obras ya en el dominio público. Al mismo tiempo, ser demasiado exigentes con la originalidad podría tener el resultado adverso y desincentivar la creación de obras derivadas (*Gracen v. Bradford Exchange*, 1983).

Como vimos antes, puede darse el caso que al margen de la autorización o no de una transformación, también se vea afectado el derecho moral a la integridad de la obra si hubiera algún perjuicio a la reputación del autor o una tergiversación de su mensaje tal que afectara a su honor.

Al entrar en juego la necesidad de contar con la autorización del autor o de quien tuviera los derechos de explotación de la obra para poder crear una obra derivada, nos podemos dar cuenta que los límites al derecho de autor, que recaen sobre los derechos exclusivos, juegan un papel muy importante en la creación de estas obras derivadas pues existirán casos en que se pueda transformar una obra o reproducir partes de esta sin la previa autorización, por supuesto, esto sin perjuicio de que la obra original mantendrá su protección como tal.

Un ejemplo de una obra creada bajo el amparo de un límite es la parodia. En el caso del uso de los contenidos para la educación y la investigación también nos encontraremos con varios casos en que el producto de dichos usos constituye una obra derivada.

Pensemos en ejemplos como la utilización de un canal de VOD para el periodismo, caso práctico que analizamos más adelante y que es necesario valorar si es protegible o no como una obra derivada. Pensemos también en tesis doctorales, como la presente, que incorporan a título de cita, doctrina de otros autores o imágenes a modo de ilustración y que hacen posible que este trabajo exista como tal pues su análisis y oportuna mención son parte central del contenido del mismo.

### **2.4.3 Colecciones y bases de datos.**

La protección de la obra original solo se extiende a la parte de las mismas que es considerada protegible. Recordemos, ni las ideas o los procesos, ni el soporte, son protegidos por el derecho de autor. De la misma manera, existen ciertas obras, que la Ley identifica como *colecciones*, que reciben protección solamente sobre su estructura, es decir, sobre la forma de presentar los contenidos que agrupan o coleccionan.

El art. 12.1 LPI otorga protección a las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes que por la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones intelectuales, sin perjuicio, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.

Según el artículo, la protección se extiende únicamente sobre la estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de los contenidos, no siendo extensiva a estos.

Estamos ante una obra que depende de la preexistencia de otras obras originales, como la obra derivada, pero a diferencia de esta, no se protege como original a una obra nueva, creada a partir de la originaria, sino que se protege una forma original de ordenar o presentar los contenidos creados por otras personas.

El derecho norteamericano llama a este tipo de obras *compilations* y las define como aquellas obras formadas por colecciones o composiciones de materiales preexistentes o de datos que son seleccionados, coordinados o presentados de tal forma que el todo resultante constituya una obra original, estableciendo además que una obra colectiva se encuentra comprendida dentro de este tipo de obras (§101 de la Ley de Copyright).

Para Gorman y Ginsburg (2006:133) el término “obras formadas” implica que la colección de elementos debe de tener una coherencia, es decir, los materiales deben de tener cierta relación entre ellos como componentes de una obra mayor.

El art. 12.1 LPI da como ejemplos de colecciones a las bases de datos y a las antologías. Corredoira (2012:66) dice que entre las colecciones debe contarse todo lo referente al “mundo de la documentación, del almacenamiento electrónico o digital de datos, contenidos, obras que generan derechos” y da ejemplos como los catálogos de las bibliotecas, los sistemas de referencia de obras, las bases de datos de legislación, las videotecas, hemerotecas y demás “tecas”, muchas de las cuales nos podemos encontrar, dicho sea de paso, en el ámbito universitario.

El art. 12.2 LPI define el concepto de las bases de datos incluyendo a las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica, y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

Dicha definición proviene de la trasposición de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. El art. 1 de la Directiva define a las bases de datos en los mismos términos.

Como su nombre bien lo dice, en las bases de datos lo que se colecciona son simples datos o elementos que no alcancen por si mismos la protección del derecho de autor, es decir que no puedan ser consideradas como obras, por ejemplo, las colecciones de meras fotografías.

No olvidemos que el criterio de protección para una base de datos se basa, como en todas las obras, en la originalidad, y en el caso particular de estas, en la originalidad de su ordenamiento o disposición que no puede ser “de acuerdo con criterios habituales y rutinarios (ordenación alfabética, cronológica, por domicilio, por tamaños, o por colores)” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:71). La jurisprudencia norteamericana niega la protección a las guías telefónicas porque no aportan nada original en la presentación de sus contenidos (Feist v. Rural Telephone, 1991).

La ya mencionada Directiva 96/9/Ce, encaminada a unificar la protección jurídica de las bases de datos, establece además el derecho *sui generis* (arts. 7 y ss.) que tiene el fabricante de la base de datos a prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de esta, evaluada, cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo.

Esto es diferente en el derecho norteamericano. Existe jurisprudencia que deniega específicamente este tipo de protección (Assessment Technologies of WI, LLC v. WIREDdata, Inc., 2003), aunque existe un sector de la doctrina que se pregunta si no es necesario otorgar este derecho *sui generis* en el ámbito de su derecho nacional, entre ellos Reichman y Samuelson (1997) y Ginsburg (2011).

La LPI protege explícitamente a las bases de datos electrónicas cuyos contenidos solo son accesibles por medio de un software. No podemos dejar de mencionar la importancia actual de las bases de datos electrónicas, que utilizamos ya en nuestra vida diaria. Por ejemplo los motores de búsqueda, que utilizan algoritmos únicos para presentarnos los resultados, datos al final, de una manera particular. Es el caso del buscador de Google, el más popular del mundo. Si bien los datos, o resultados de búsqueda que se nos presentan en dicho buscador, pueden no ser elementos protegidos, o sus derechos pertenecer a un tercero, la manera en que la información se extrae y presenta a cada usuario estaría plenamente protegida y corresponde a dicha empresa.

Otro ejemplo pueden ser sitios de VOD como Netflix que permiten el *streaming* de contenidos ajenos, pero que también son presentados al usuario de manera “personalizada” pues se utiliza un algoritmo que sugiere al usuario que contenidos podría ver en base a lo que ha visto previamente utilizando el servicio.

Además, esto se hace de una manera inmediatamente reconocible y atribuible a dicho servicio que incluye una forma visualmente atractiva de presentar los contenidos y asociarlos con otra información que permite al usuario decidir si quiere o no ver un determinado contenido. En este caso, los derechos de los contenidos en sí, obras audiovisuales, pertenecen a sus legítimos tenedores, pero los derechos sobre la forma original en que son presentados para que el usuario pueda verlos, están protegidos como una base de datos y estos derechos pertenecen a Netflix.

Hay que apuntar que el art. 12.3 LPI, precisa que la protección otorgada a las bases de datos no se extiende al software, ya sea que este haya sido utilizado para fabricar la base de datos o sea necesario para su funcionamiento. Este apartado proviene también del art. 1 de la Directiva 96/9/CE.

Lo que se protege como base de datos en el caso de Netflix o Google que hemos mencionado anteriormente, es esa presentación particular de las obras audiovisuales o de los resultados de búsqueda respectivamente. Tanto Netflix o Youtube, en el caso de Google, basan parte de su atractivo en un motor de búsqueda que presenta los resultados de una forma particular. En este caso obras audiovisuales. Por supuesto, la otra parte del atractivo, quizás mayor, es la forma en que permite ver dichas obras audiovisuales. El código fuente que está detrás, el programa de ordenador que hace funcionar a la base de datos y permite acceder a ella no está protegido como una base de datos, recibe una protección independiente.

En la protección de las bases de datos puede confluír la protección a varios sujetos. Por un lado, quien fuera dueño de los contenidos organizados en dicha base de datos, si estos fueran protegibles, tendría derechos sobre sus contenidos. Quien es considerado autor de la base de datos



tendría derechos sobre la forma original en que ha presentado los contenidos. Si para crear su base de datos y dotarle de un sistema electrónico que permita acceder al contenido, utiliza un programa de ordenador creado por un tercero, pero utilizado bajo licencia, ese tercero tendrá los derechos de autor sobre dicho software. Además, en el caso del derecho europeo, si se dan las condiciones, el fabricante de la base de datos tendrá el derecho *sui generis* sobre la misma.

Habiendo definido quien es considerado autor y qué es una obra protegible por el derecho de autor es necesario entonces definir qué derechos específicos otorga la ley a los titulares de los derechos de autor, sean estos los autores originarios, que gozan de la mayor protección de la Ley y u otros beneficiarios del derecho de autor que cuentan solo con una serie específica de derechos.

Es momento entonces de analizar el contenido del derecho de autor, analizaremos primero los derechos morales para estudiar después los derechos patrimoniales.

## **2.5 Contenido del derecho de autor: los derechos morales.**

Aunque no podemos decir que los derechos morales se ven afectados por los límites al derecho de autor directamente, pues estos límites recaen fundamentalmente sobre los derechos patrimoniales, es necesario detenerse en dichos derechos morales pues es necesario delimitarlos para no correr el riesgo de confundirlos los derechos de explotación.

Además, los derechos morales guardan relación estrecha con los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación:

“El derecho moral, como regla general, no admite excepciones, aunque puede verse afectado en algunos casos por una excepción al derecho patrimonial que implique algunas restricciones menores al derecho moral” (Bercovitz, 1999:56).

Se ha reconocido al derecho moral como “el más característico” de los derechos de autor pues es “el que le da fisonomía que le es propia, por cuanto liga indisolublemente al autor con su obra; diferenciándose de otros derechos, precisamente, por este rasgo de indisolubilidad” (Herrera Sierpe,

1999:65). Como ya sabemos, los derechos morales son irrenunciables e inalienables (art. 14 LPI), así que no existe posibilidad jurídica de separarlos de la persona del autor.

Según Colombet (1997:45), el derecho moral:

“...precede al nacimiento del derecho patrimonial, con el que lleva una coexistencia mutua y que a menudo le sobrevive... (sus atributos no son)... apreciables en dinero y (están) estrechamente ligados al individuo...” por lo que son inalienables e imprescriptibles.”

Los derechos morales reconocen ciertos intereses no económicos sobre los cuales un autor, pero nadie más, puede ejercer sobre una obra, aunque ya no sea tenedor de los derechos de copyright o del soporte material en el cual la obra fue fijada (MacQueen, *et al.*, 2011:104). Esto es particularmente importante para los derechos morales de las obras de arte, especialmente en el derecho anglosajón que no reconoce la totalidad de los derechos morales.

Aunque nosotros nos referimos alternativamente a *derechos morales* o *derecho moral*, tal y como sucede con los derechos de explotación, los autores opinan que estamos ante un único derecho moral de autor que atribuye a su titular una serie de facultades que, para distinguirse entre sí, reciben la denominación individual de derechos (Castilla Barea, 2010:85).

Colombet (1997:47) sostiene que:

“Por lo general, se considera que el derecho moral se compone de cuatro atributos: el derecho de divulgación, llamado también derecho de comunicar la obra al público; el derecho al respeto del nombre, conocido también como derecho a la paternidad; el derecho moral respeto de la obra, o derecho a su integridad, y, por último, el derecho de arrepentimiento o retractación.”

El ejercicio acumulado de todos estos derechos morales es el que permite salvaguardar el derecho moral una vez difundida la obra.

En España, los derechos morales están regulados principalmente en los artículos 14 al 16 LPI pero también existen disposiciones puntuales sobre este tipo de derechos en los artículos 93 y 94 que

hablan de obras audiovisuales y radiofónicas respectivamente; 113 que toca lo respectivo a los derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes.

Siguiendo la línea de la LPI que los enumera en su artículo 14, los principales derechos morales son el derecho de divulgación de la obra; el derecho a la paternidad de la obra o atribución; el derecho de revelación que consiste en determinar si la divulgación debe de hacerse con el nombre del autor o bajo seudónimo o signo, o bien anónimamente y que está relacionado con estos dos anteriores; el derecho a la integridad de la obra; el derecho de modificación de la obra; el derecho a retirar la obra del comercio, también llamado derecho de arrepentimiento y el derecho de acceso respecto del ejemplar único o raro de la obra en poder de un tercero.

A nivel internacional, los derechos morales se encuentran regulados en el artículo *6bis* del Convenio de Berna aunque de manera más limitada pues se deja la abierta la posibilidad de que no sean perpetuos y comparados con la LPI la protección parece menor pues solo se regulan los derechos de paternidad y a la integridad de la obra (países como Holanda, Reino Unido o Guatemala les otorgan la misma duración que a los derechos patrimoniales).

Otros ordenamientos internacionales como el Acuerdo ADPIC excluye expresamente a los derechos morales (art. 9.1 del acuerdo) y el tratado OMPI de los Derechos de Autor hace suyos los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna aunque no regula expresamente a los derechos morales.

A nivel europeo no existe armonización en materia de derechos morales pues apenas se mencionan en las Directivas Europeas existentes hasta la fecha y cuando se mencionan, no se hace de manera sustancial.

Por último, mencionar que, como ya hemos visto, en el derecho anglosajón, específicamente en el norteamericano, salvo en lo que respecta a las obras de arte plástico, no se protegen directamente a los derechos morales en la legislación, aunque si existen otras doctrinas jurídicas que sirven para proteger estas potestades de los autores que como ya hemos dicho se pueden encontrar en

jurisprudencia relacionada con el derecho a la intimidad, la salvaguarda del honor, la difamación o incluso la competencia desleal. Otros países como Reino Unido reconocen algunos derechos morales como la paternidad de la obra, para cualquier tipo de creación (§77 y 80 del *Copyright and Designs and Patents Act* de 1998).

Quizás la existencia de sistemas jurídicos distintos, en especial las diferencias importantes entre el derecho continental y el anglosajón en cuanto a la concepción y protección de los derechos de autor en general, y los derechos morales en particular; sea el motivo por el que la mayoría de los Tratados Internacionales y las directivas no regulen específicamente a los derechos morales.

### **2.5.1 El derecho a la divulgación de la obra.**

El art. 4 LPI define a la divulgación de una obra como *“toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.”*

Que el derecho de divulgación sea el primero de los derechos morales al que se hace referencia, es porque es el primero en ejercerse, pues la defensa del interés moral del autor comienza una vez que se da a conocer la obra.

Para Bondía Román (1988:203) los derechos de divulgación y paternidad son el fundamento de todos los demás derechos morales.

Colombet (1997:47) habla de “salvaguardar los intereses espirituales” y refuerza la idea anterior:

“Es el derecho de divulgación el que cronológicamente precede a los otros derechos, pues es a partir de su ejercicio cuando la obra, separada de su autor, entra en el circuito económico, transformándose en un bien patrimonial sobre el cual podrán ejercerse los otros atributos, tanto morales como pecuniarios, del derecho de autor.”

El art. 14.1 LPI es el que establece la facultad del autor de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. En otras palabras, lo que se reconoce es la facultad del autor para decidir si su obra debe darse a conocer o no al público (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:114).

Si tomamos en cuenta que la obra es esa creación original del autor, producto de su intelecto, es fácil entender que sea él y solo él la persona indicada “para determinar cuándo considera que su obra es lo suficientemente satisfactoria como para comunicarla y someterla al juicio del público” (Colombet, 1997:49). Esto implica también que el autor tiene la potestad para decidir nunca dar a conocer su obra, por lo menos mientras viva.

La relación del derecho moral de divulgación con los derechos de explotación es clara, pues cuando se ejerce el derecho exclusivo de comunicación pública o el de distribución, la obra ha tenido que haber sido divulgada para que el público acceda a ella. Al mismo tiempo que la obra se divulga, se estará explotando (Castilla Barea, 2010:92).

Cuando la obra se divulga, comienza la explotación por parte del autor: “tradicionalmente, se ha entendido que con la divulgación de la obra, esta se introduce en el patrimonio del autor, es decir, se *patrimonializa*” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:114).

Debido a lo anterior, un buen número de límites al derecho de autor establecen como requisito para realizar utilidades sin necesidad de previa autorización el que la obra ya haya sido divulgada previamente (ver por ejemplo arts. 31*bis* y 32 LPI). Lo mismo se puede decir de aquellos casos en que el cómputo del plazo de protección guarda relación con el momento de la divulgación lícita de la obra (art. 27 LPI).

Si el derecho moral de divulgación implica que el autor pueda decidir el tiempo y la forma de dar a conocer su obra al público, entonces la vulneración de este derecho moral se producirá cuando la obra sea divulgada contra la voluntad del autor, sin que medie su consentimiento.

Al realizar un acto de comunicación pública, un acto de distribución o incluso pretender ejercer el derecho de cita, cuando esto implique una divulgación sin el consentimiento del autor constituirá una infracción del derecho moral del autor.

Es durante el ejercicio de actos de explotación, o cuando se realiza uno de esos actos amparándose en un límite, cuando se puede lesionar el derecho moral de divulgación.

El derecho de divulgación también tiene una cara negativa o complementaria, que se conoce como derecho de inédito, (Rogel Vidé, 2002:59) y según este, corresponde al autor el derecho exclusivo de decidir si da a o conocer su obra, mientras esto no se haga mediando su voluntad, la obra deberá permanecer inédita. El autor podrá entonces, en virtud de este derecho de inédito, oponerse o prohibir que su obra sea divulgada.

Lo anterior nos lleva a la cuestión del agotamiento del derecho de divulgación. En la doctrina, están los que por un lado piensan que este derecho moral se agota la primera vez que la obra se hace accesible al público, es decir la divulgación de la obra se produce una única vez. Por el otro lado, Bercovitz (2012:115) nos dice que existen otros autores sostienen que el derecho de divulgación se ejerce tantas veces como existan derechos o modalidades de explotación. Esto quiere decir que el derecho de divulgación se agota una vez por cada modalidad de explotación.

Consideramos acertado afirmar que el derecho moral de divulgación se agota desde el momento en que la obra sale a la luz sin importar por qué medio se haga, siempre y cuando sea por decisión propia del autor. Esta opinión es compartida por Castilla Barea (2010) o por Sánchez Aristi, (2005).

En apoyo a esta interpretación de que el agotamiento del derecho de divulgación se da la primera vez que la obra se da a conocer al público también podemos resaltar el texto del art. 4 LPI que establece que “*se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.*”

El artículo establece con claridad que sin importar la modalidad de explotación, la divulgación se da en el momento en que el autor decide sacar a la luz pública la obra por vez

primera, tal y como resaltamos en el texto del artículo. La tesis que habla de una divulgación por cada derecho de explotación no encaja con el texto del art. 4.

Hemos de recordar además que el derecho de divulgación ha de considerarse cronológicamente anterior a otros derechos pues su ejercicio es el que origina la defensa de los demás derechos morales, y qué decir de los económicos, pues si el autor no desea que su obra vea la luz pública ¿por qué habría de autorizar su comunicación pública o distribución? Más bien, cuando el autor permite la comunicación pública o distribución de su obra, es porque ha decidido divulgarla, darla a conocer por primera vez, ya sea que decida hacerlo a través de una modalidad de explotación en concreto, o utilizando todas a la vez.

Para García Sanz (2005:39):

“... no es casualidad que la Ley española la establezca como la primera facultad moral del autor. De ella se desprenden o dependen todas las demás... amén de la creación misma, sin el consentimiento del autor a dar a la luz pública su obra, no existiría ni la tradición del copyright ni las de los derechos morales. No en balde, más de un autor ha afirmado que esta es la facultad troncal del derecho de autor. Y por ello, las facultades patrimoniales son accidentales al derecho.”

Otro argumento en contra de la tesis de las *múltiples divulgaciones*, es que cuando realizando un acto de explotación se divulga ilícitamente una obra, el hecho puede difícilmente ser revertido, pues la obra ya se ha dado a conocer al público aunque el autor no lo haya decidido así. Supongamos que una obra, para cuya divulgación el autor no ha dado su consentimiento, sea comunicada públicamente, ¿Cómo se puede volver atrás si ya se conoce quién es el autor y cuál es la obra?

De nada serviría que el autor se oponga a la divulgación de su obra, si podrá oponerse a una nueva comunicación pública o a la distribución de la obra, pero una vez que esta ha salido a la luz, no le quedaría mayor reparación que una indemnización económica. La LPI establece la facultad del autor de decidir si su obra debe divulgarse y la forma en que esto se debe de hacer pero esto “parece

solo posible cuando se trata de la primera vez, pues después no parece factible que el autor o el titular pueda controlar fácilmente las nuevas difusiones” (Ibíd.:104).

### **2.5.2 El derecho a la paternidad de la obra.**

Una vez que el autor ha decidido divulgar su obra, se le reconoce el derecho a que se le atribuya la autoría de la obra que ha creado. Esto es lo que se conoce como derecho a la paternidad de la obra el ámbito de los derechos morales y que según el art. 14.3º LPI consiste en que el autor pueda exigir precisamente este reconocimiento a su condición de autor de la obra. A este derecho también se le reconoce como el derecho de atribución.

Para Castilla Barea (2010:104), a diferencia de lo que sucede con los demás derechos morales:

“...este derecho tiene un matiz clara y exclusivamente defensivo, pues su ejercicio se hace necesario solo cuando ya se ha producido la lesión al derecho moral del autor... ya que (este derecho) solo va a entrar en liza cuando un tercero explota la obra ajena silenciando la identidad del autor que quiso figurar como tal, o atribuyéndose como propia la autoría de una obra creada por otro...”

En apoyo a lo que dice Castilla, Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:116) concluye, analizando la aplicación jurisprudencial del derecho a la paternidad, que la mayoría de los casos que llegan a los tribunales versan sobre la falta de reconocimiento de la autoría. Para el autor, en ocasiones esto se produce a través de la usurpación de la paternidad conocida como plagio y que puede definirse, según la jurisprudencia como “toda copia de una obra ajena en lo sustancial” que “va unida a la apropiación de la autoría de la misma por parte de quien así procede. El autor nos apunta a las SSTS de 28 de enero de 1995, 23 de octubre de 2001, 26 de noviembre de 2003 y 9 de diciembre de 2010.

El derecho de atribución implica además una obligación para las personas distintas del autor a no atribuirse indebidamente la paternidad de la obra, pues constituye una usurpación al nombre del autor. Es por esto que (Colombet, 1997:50) afirma que el derecho de atribución es un derecho de respeto al nombre del autor, quien “... tiene derecho a exigir el reconocimiento de su condición de



tal, esto es, a que otro reconozca activamente su autoría” (Castilla Barea, 2010:104). Dicho de otra forma, el autor tiene derecho a exigir que se respete su condición de autor de la obra.

Con respecto de la concepción de la paternidad en el derecho anglosajón, reconocido por el derecho inglés, resulta curioso, pues parece contravenir lo dispuesto por el Convenio de Berna que establece que la protección a los derechos de autor no está sujeta a formalidades (art. 5.2). La §78.1 del *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 establece que para que pueda ser defendido el derecho de paternidad es necesaria la afirmación (*assertment*) del mismo. Se trata de una formalidad que consiste en afirmar por escrito que uno es el autor de una obra determinada (MacQueen *et al*, 2011:107).

El clásico ejemplo de esto lo podemos encontrar en cualquier libro publicado en Inglaterra, por ejemplo de la Oxford University Press, como el libro en el que hemos hecho esta consulta, en la página preliminar en donde se suelen reservar los derechos de autor y dar información sobre la editorial. Veremos que después del signo © y los nombres de los autores habrá una leyenda que reza “*the moral rights of the authors have been asserted*” o en español “los derechos morales de los autores han sido afirmados.”

Resaltemos por último la importancia de la paternidad o atribución de la obra en cuanto a los límites al derecho de autor y en relación con el dominio público.

Aún cuando un uso está amparado en un límite a los derechos de explotación, será indispensable citar al autor de la obra que se pretende utilizar para poder ampararse en el límite. De lo contrario, se estará infringiendo tanto los derechos de explotación, pues no se podrá invocar el beneficio del límite, como el derecho moral del autor a la paternidad de su obra.

Por ejemplo, para ampararse en el límite de cita (art. 32.1 LPI), será necesario indicar la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Lo mismo sucede con los actos de reproducción,

distribución y comunicación pública realizados por el profesorado de la educación reglada (art. 32.2 LPI) o con los trabajos sobre temas de actualidad (art. 33).

Para poder utilizar obras que se encuentran en el dominio público también será siempre necesario respetar la autoría y la integridad de la obra. Si deseo reproducir el Quijote o comunicar públicamente una versión digital de la misma obra siempre habré de atribuírsela a Miguel de Cervantes. Lo de Cervantes siempre será de Cervantes y ha de atribuirse como tal.

Para poder utilizar obras que se encuentran en el dominio público también será necesario respetar la autoría de la obra en todo momento, aún cuando el plazo de protección establecido en la ley ya haya expirado, pues dicho plazo no afecta al derecho de paternidad. Si deseo reproducir el Quijote o comunicar públicamente una versión digital de la misma obra siempre habré de atribuírsela a Miguel de Cervantes. Lo de Cervantes siempre será de Cervantes y ha de atribuirse como tal.

### **2.5.3 El derecho de revelación.**

Hemos decidido hablar de este derecho ahora, utilizando un orden diferente al establecido en la LPI, puesto que consideramos que el derecho de revelación es mejor explicado si primero se entienden los derechos de divulgación y de paternidad.

El texto del art. 14.2 LPI establece que corresponde al autor “*determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*” Podemos ver que este derecho de revelación se ejerce en un primer momento junto con la divulgación. Cuando el autor decide sacar a la luz su obra, también decide si quiere hacerlo bajo su propio nombre u ocultando su identidad bajo un seudónimo o bien, ocultándose detrás del anonimato.

Al mismo tiempo, el derecho de paternidad se manifiesta en el derecho de revelación puesto que precisamente en este momento de divulgar la obra, el autor declara que la obra es suya, o bien, más adelante, si el autor la ha publicado bajo seudónimo o autónomamente, decide revelar su identidad (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:115).

Puede ser que la voluntad del autor de permanecer oculto bajo el anonimato o el seudónimo sea solo temporal y así el derecho de revelación debe implicar que, en cualquier momento de su vida, o incluso después de su muerte si expresa su voluntad por disposición testamentaria, pueda revelarse como quien está detrás de una obra en particular (Colombet, 1997:51).

También puede ser que el autor se vea obligado a reivindicar la obra como suya, por ejemplo si alguien pretende atribuirse falsamente la obra que antes era anónima. Esta situación haría necesaria la reivindicación de la autoría ante un tercero que lesiona el derecho del autor a decidir si quiere ser identificado como tal (Castilla Barea 2010:104). El derecho de revelación es necesario para poder defender el derecho de paternidad o atribución contra su infracción.

#### **2.5.4 El derecho a la integridad de la obra.**

Este derecho, también llamado derecho al respeto de la obra, lo encontramos en el art. 14.4 LPI que establece que el autor tiene el derecho irrenunciable e inalienable a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

El derecho a la integridad de la obra entra en juego solo después de la divulgación de la obra, pero como su infracción implica un menoscabo a la reputación del autor hecha por otra persona, se ejerce una vez que se han cedido los derechos de explotación que permiten su reproducción, comunicación pública, distribución o incluso su transformación (Martínez Espín, 1997:230).

Como ya dijimos, una característica del derecho moral es la unión indisoluble entre el autor y su obra. El derecho de integridad es un derecho especialmente ligado a la personalidad del autor pues la creación de la obra del espíritu debe tener el destino que su autor le reservó expresamente (Colombet, 1997:52-53).

El respeto a la integridad de la obra implica tanto respetar a la persona del autor como a su obra. Cuando una alteración o modificación de la obra desmerece profesionalmente al autor, esta constituye un atentado al derecho a la integridad.

Existe un nexo lógico y claro entre el derecho de paternidad y el de integridad puesto que la autoría recae sobre una obra concreta tal y como fue concebida por el autor. Modificar una obra es tergiversar el mensaje del autor; es, en cierta forma, atribuirle una obra que no es suya, de tal suerte que pueda resultar en un menoscabo a su reputación (Castilla Barea, 2010:110).

En base a lo anterior, se puede afirmar que este derecho tiene dos caras: “por un lado el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, por otro lado, la sociedad tiene derecho a recibir una obra intelectual en su auténtica expresión” (López Sánchez, 2008:34).

La persona legitimada para ejercer este derecho no puede ser otro que el mismo autor, en tanto que distorsionar o atentar contra la obra es atacar a su persona pues se atenta contra su reputación y sus legítimos intereses.

Cuando el autor fallece, sus herederos retienen el derecho a proteger la integridad de la obra, pues la transmisión *mortis causa* busca proteger la memoria del autor y permitir que futuras generaciones conozcan su obra en su forma auténtica.

Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:117) nos advierte que el mayor problema de interpretación en cuanto a este derecho reside precisamente en determinar qué se entiende por legítimos intereses del autor. Está claro que se tratan intereses exclusivamente morales o personales pues el fundamento de la protección se encuentra “en el interés del autor en mantener la peculiaridad creativa y la integridad de su trabajo...” (Loc. Cit.).

Esto evidencia que si la deformación, modificación, o alteración de la obra no perjudica a estos legítimos intereses o menoscaba la reputación del autor, entonces la modificación debería de

poder considerarse como lícita, siempre y cuando se cuente con la autorización para realizar una transformación de la misma.

Habría que establecer qué tipo de modificaciones o alteraciones son las que perjudican al autor. Este tipo de modificaciones o alteraciones deben ser sustanciales, es decir, deben de afectar a los elementos esenciales de la obra, entendiéndose por estos “aquellos elementos que la caracterizan e individualizan respecto de otras del mismo género” por lo que “cabría decir que una modificación o alteración es sustancial cuando es susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba en la obra (Loc. Cit.).

En lo anterior coincide López Sánchez,(2008:35), entendiendo que las alteraciones esenciales son son “todas las alteraciones del sentido o espíritu de la obra que impriman un carácter distinto del deseado por el autor, modificando el argumento, la composición o el carácter de la obra.” Tal y como ha estimado la Audiencia Provincial de Madrid, la integridad debe entenderse como el “sustrato permanente de la expresión creadora del autor que le permite prevalecer a ataques no esenciales a su forma” (SAP de Madrid, ROJ 1358/2000, de 2 de febrero).

Es importante apuntar que el derecho a la integridad debe de ejercerse de tal forma que pueda dejar espacio para proteger otros derechos tales como la libertad de expresión.

Según Castilla Barea (2010:110) no se trata de un derecho absoluto ni incondicional pues “el autor no tiene el amparo de la Ley para reprimir cualquier acto de deformación o alteración de su obra... Los terceros están legitimados para intervenir sobre la obra ajena, dentro de los límites del precepto.” Es necesario que los cambios lesionen los intereses y la reputación del autor.

En el derecho anglosajón, el derecho de integridad se entiende como la facultad que tiene el autor de oponerse al *tratamiento derogatorio* de toda o parte de su obra (MacQueen *et al*, 2011:109).

El derecho inglés lo reconoce específicamente como un derecho moral que tienen los autores de cualquier tipo de obra incluidos los directores de obras audiovisuales (arts. 80 y ss. del *Copyright Designs and Patents Act* inglés, en adelante también CDPA).

Como ya hemos visto, en la legislación del copyright norteamericano existe mucha menos tradición de protección de los derechos morales pero el derecho a la integridad de la obra es reconocido cuando se trata de obras plásticas (Ver la llamada Ley VARA, y la §106A de la Ley de Copyright que ya hemos analizado en el capítulo 1).

Para la legislación norteamericana el derecho de integridad consiste en la facultad de impedir cualquier distorsión, mutilación o cualquier otra modificación intencional de la obra que es perjudicial contra el honor o reputación del autor, y cualquier distorsión, mutilación o modificación intencional de la obra es una violación de dicho derecho. Además, es la facultad de prevenir cualquier destrucción de una obra reconocida, y cualquier destrucción de la obra, sea intencional o debido a una negligencia grave será considerado como una violación a ese derecho (§106A (3)(a) de la Ley de Copyright).

En el derecho inglés se entiende de manera ligeramente diferente. El enfoque no parece centrarse en la destrucción de la obra en sí, pues el derecho norteamericano se refiere únicamente a las obras de arte plástico. En cambio, el derecho anglosajón, al igual que nuestro derecho continental se preocupa por las alteraciones no solo en la forma sino en el fondo de la obra.

Por lo tanto, en el derecho del Reino Unido, el *tratamiento derogatorio* se refiere a cualquier acto que implique la incorporación, supresión, alteración o adaptación de una obra que resulte en la distorsión o mutilación de la obra o que de otra manera resulte perjudicial al honor o reputación del autor o director de la misma (art. 80(2) del CDPA inglés).

A simple vista, el derecho a la integridad de la obra parece confundirse o entrar en conflicto con el derecho de transformación de la obra.

Por ello, se necesario delimitar el derecho de integridad para que el derecho moral no haga imposible el ejercicio del derecho patrimonial (López Sánchez, 2008:37). Si admitimos que el autor de una obra puede prohibir todo tipo de alteraciones, incluso la destrucción de la obra, entonces reconoceríamos que quien posee una copia física, el *corpus mechanicum* está obligado a preservar la obra (Cámara Águila, 1998:292-293). Pero, en realidad, quien obtiene una copia de la obra tiene una obligación de no hacer, es decir, de no realizar actos que lesionen el derecho de integridad que retiene el autor (Martínez Espín, 1997:234).

La cuestión del límite entre el derecho moral de integridad y el derecho patrimonial de transformación se puede dirimir distinguiendo según si la alteración se produce en el ejemplar único o manuscrito de la obra o si, en cambio, la alteración se efectúa sobre una copia de dicha obra.

Para López Sánchez (2008:36), solo si el atentado es sobre el ejemplar único, las alteraciones o modificaciones esenciales producidas estarían vulnerando el derecho a la integridad de la obra. De esta forma, la destrucción o alteración de una de las múltiples copias no constituiría un atentado al derecho moral del autor.

Saber que lo que se destruye o altera es una mera copia entre muchas de una obra, es un argumento de peso para demostrar que no se está atacando a la integridad de la misma, Sería difícil pensar que alguien se alarmara por presenciar la destrucción de un libro, salvo que se supiera que es un ejemplar único o raro sobre el cual el autor cuenta con otros derechos para la protección de este, aparte del derecho de integridad. Lo contrario sucedería si habláramos de destruir una escultura o el original de una pintura.

El incorporar un ejemplar cualquiera de una obra literaria a una obra de arte plástico nueva, ya sea inalterado o con las páginas por un lado y las portadas por el otro difícilmente sería causa para reclamar un atentado a la integridad. Lo mismo sucederá si citamos el texto de la obra pues en

ningún caso se atentaría contra el honor del autor ni se faltaría el respeto a su obra, salvo que se tergiverse lo dicho por el autor.

Esto nos lleva a la pregunta de qué sucede cuando se modifica el contenido de la obra en sí. En este caso, el que se haga a partir de una copia de la obra, que puede ser incluso digital, carece de total importancia y una modificación del contenido de la obra puede llegar a constituir un atentado contra la integridad de la misma. La cuestión reside en determinar en dónde termina el derecho de integridad y comienza el derecho patrimonial de transformación y el criterio a tener en cuenta es el de si se afecta en lo esencial a la obra.

Según (López Sánchez, 2008:37) se atenta contra lo esencial de una obra cuando se realiza cualquier modificación o alteración “...susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba en su obra. Es decir, este ataque sustancial ha de afectar al *corpus mysticum* de la obra.”

Una modificación hecha a una obra en virtud de una autorización, o de un límite al derecho de autor que permita una transformación, no será un atentado contra la integridad de la misma, salvo que dicho cambio resulte en la lesión al honor o reputación del autor.

Esta delimitación es de particular importancia respecto de los mencionados límites al derecho de autor. Por un lado, si se realiza una modificación a una obra en base a un límite, solo si se daña a la reputación del autor o se tergiversa el mensaje que quiere transmitir se podrá decir que se afecta a la integridad de la obra. Por otro lado, aún si una transformación de la obra estuviera amparada por un límite, no podrá atentarse contra la integridad de la misma puesto que el derecho moral no estaría sujeto a dicho límite.

El límite de cita guarda especial relación con el respeto a la integridad de la obra, y tanto jurisprudencia como doctrina han planteado dos posiciones encontradas: una es que para que la cita no atente contra la integridad de la obra, es necesario que la misma sea “al pie de la letra” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, ROJ:2170/2007, de 26 de febrero); la otra es que para que la



cita atente contra la integridad de la obra es necesario que su alteración afecte contra los legítimos intereses o menoscabe la reputación del autor de la obra citada (López Sánchez, 2008:34-35).

A nuestro parecer, Sánchez López está en lo correcto. Lo cierto es que hacer ciertas modificaciones al texto citado, y hacer uso de la paráfrasis es una práctica aceptada y extendida, que por lo general no resulta en que se tergiverse el sentido de lo dicho o en una afectación a la reputación del autor. Nos parece que siempre que las modificaciones hechas al citar no vulneren a lo esencial de la obra, no deben de ser consideradas como un atentado contra su integridad, y por lo tanto, no deben de ser consideradas como ilícitas.

En el capítulo 4, al analizar con detenimiento los límites de cita e ilustración de la enseñanza analizaremos con más detenimiento las relaciones entre dichos límites, el derecho exclusivo de transformación y el derecho moral de integridad.

#### **2.5.5 El derecho de modificación de la obra.**

El art. 14.5 LPI contempla el llamado derecho de modificación de la obra y permite que el autor realice cambios siempre y cuando respete los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de los bienes que lleguen a considerarse como de interés cultural.

La mayoría de la doctrina considera que cuando se habla de “modificaciones” a la obra, se está hablando de modificaciones sustanciales, que son las únicas que pueden tener el carácter de irrenunciables e inalienables, característica de todas las facultades morales del autor (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:119). Esto es evidencia de que una de las características fundamentales del derecho moral es que está encaminado a otorgar facultades que recaen sobre el contenido esencial de la obra.

Lo anterior sirve para establecer la diferencia entre el derecho de modificación y el derecho patrimonial a la transformación de la obra. Siguiendo este argumento, Bercovitz Rodríguez-Cano (Ibíd.:120) afirma que para una buena parte de la doctrina la potestad de modificar el contenido y

rasgos esenciales de la obra es lo que diferencia al derecho moral del derecho patrimonial, pues la transformación es una “alteración accidental de la obra, sin variación de los elementos sustanciales y definitorios de la misma.”

Otra forma de diferenciar un derecho del otro es poner el acento en la existencia o no de una única obra sobre la cual se realiza un cambio:

“Cuando las modificaciones introducidas en una obra dan lugar a una nueva, derivada de la anterior, que se mantiene intacta, nos encontramos ante el derecho de transformación. En cambio, cuando las modificaciones introducidas en una obra no dan lugar a una obra nueva y diferente que coexista con ella, permaneciendo entonces una única obra, pero modificada, nos encontramos ante el derecho moral de modificación” (Loc. Cit.).

Ambos criterios nos parecen igual de válidos y uno es más efectivo que el otro atendiendo al tipo de obra de la que se trate a la hora de diferenciar el derecho patrimonial del moral. A nuestro parecer, el primer criterio revela que existe una estrecha relación entre el derecho de modificación y el derecho de integridad pues ambos se basan en el contenido esencial de la obra y en el reflejo que esta hace de la personalidad de su autor.

El derecho de integridad otorga la facultad inalienable e intransferible del autor a oponerse a cualquier modificación que tergiverse el mensaje o lo esencial de su obra y el derecho de modificación otorga al autor la facultad inalienable e intransferible para modificar su obra en lo esencial de tal manera que la obra mejore, se adapte a la actualidad o en otras palabras transmita mejor su mensaje esencial y por tanto refleje más fielmente la personalidad de su autor impresa en el producto de su creatividad particular.

### **2.5.6 El derecho de retirada o de arrepentimiento.**

El art. 14.6 LPI establece que el autor cuenta con el derecho a retirar su obra del comercio, debido a un cambio en sus convicciones intelectuales o morales y siempre que exista una previa indemnización por daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. El artículo establece además que si el autor decide reemprender la explotación de su obra, deberá ofrecer los

correspondientes derechos de manera preferente al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originales.

Para algunos autores, este derecho, no está pensado para ser ejercido libremente, o de manera frívola, “la Ley”, nos dice de Román Pérez (2003:255), “pretende limitar la libre actuación del autor, permitiendo la retirada de la obra solo por circunstancias que realmente puedan perjudicar su reputación profesional.”

Otros autores opinan que “la LPI no hace distinción alguna y alude al cambio en las convicciones intelectuales o morales en general, lo que parece imponer una excepción *erga omnes* e incontestable que no es necesario acreditar” (Álvarez de Benito, 2003:247).

Según Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:121), lo que este derecho permite es una desvinculación del contrato de cesión que permite la explotación de la obra y esto se hace basándose en motivos puramente intelectuales o morales: quizás el autor se arrepiente de algo que ha publicado pues ha cambiado de opinión o tal vez no reúne las condiciones estéticas que hubiera deseado y decide que prefiere desvincularse de dicha obra.

No hay nada en la Ley que indique que el autor tenga que probar el perjuicio causado a su derecho moral, se trata más bien de una percepción u opinión del autor de que esto es así. En cualquier caso, y para evitar un ejercicio demasiado frívolo, o quizás fraudulento, de este derecho, la Ley impone la indemnización a cualquier tercero afectado pues “queda claro que la facultad de retirar la obra del comercio colisiona con los intereses de los titulares de derechos de explotación de la obra (Roselló Manzano, 2011:55).

Se podría pensar a simple vista que este derecho está vacío en su contenido, pues en la época actual, en donde la distribución está en camino de ser substituida por la comunicación pública a través de medios digitales e Internet, si no es que ya lo está por completo, resulta tarea prácticamente imposible el controlar la diseminación de una obra una vez que esta ya ha sido divulgada.

Además, este derecho no implica la recuperación (o un deber de destrucción) de un ejemplar, es decir, del objeto material al que se incorpora la obra y que ha sido adquirido por un particular, que no tiene derecho de explotación alguno.

Estamos ante un derecho que, ante las copias ya distribuidas no es más que un derecho que permite una declaración del autor, por la cual se desvincula de su obra, la deshereda por decirlo de otra manera, pues esta ya no se alinea con sus convicciones morales o intelectuales. Pero de la misma manera en que el hijo no deja de existir porque el padre le desherede, las copias que ya han sido distribuidas no desaparecerán del mercado. Lo mismo se puede decir de las obras que ya han comunicadas digitalmente.

El autor no tiene ninguna facultad para exigir que el particular devuelva o destruya el ejemplar que tiene en su posesión y, con la distribución digital e Internet esto sería en la práctica una tarea increíblemente difícil de realizar si no es que del todo imposible.

Eso sí, el derecho moral da la posibilidad al autor de terminar con el contrato de cesión que permite la explotación de la obra y de esta manera impedir la circulación de nuevos ejemplares de una obra que ya no desea sea vinculada a su nombre lo cual por lo menos ayudará a limitar la difusión de ese pensamiento que ya no se alinea con su pensamiento.

#### **2.5.7 El derecho de acceso al ejemplar único o raro.**

El último de los derechos morales contenidos en la LPI es el establecido por el apartado 7 del artículo 14 y es el derecho que tiene el autor a acceder al ejemplar único o raro de su obra.

El ejercicio de este derecho deberá de hacerse con la finalidad de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Además, este derecho no permite exigir el desplazamiento de la obra y, el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará en su caso, por los daños y perjuicios causados.

En nuestra opinión se trata de un derecho secundario pues su existencia se justifica en permitir la realización y protección de otras facultades morales, principalmente la divulgación y para ejercer el derecho de modificación de la obra que acabamos de mencionar. Otros autores coinciden, Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:122) lo califica de “derecho instrumental.”

En el mismo sentido Rogel Vidé (2011:149) nos dice que:

“el acceso es un derecho, una facultad instrumental, que no tiene sentido en sí misma, pues no se trata, con él, de lograr la mera contemplación de la obra contenida en un ejemplar único o raro, sino de acceder a dicha obra como paso previo para ejercitar otros derechos morales correspondientes al autor –o sus causahabientes, llegado el caso- o, si se tercia y aunque ello haya sido discutido, derechos o facultades patrimoniales que no hayan sido transferidas al poseedor del ejemplar en cuestión...”

Por último, nos parece acertado apuntar, que salvo cuando se trata de obras de arte plástico, este derecho instrumental ha perdido cierta relevancia. Gracias a las tecnologías digitales que permiten una creación infinita de copias fieles, en el caso de las obras literarias, y de algunas obras musicales, audiovisuales e incluso cinematográficas, el que no se pueda acceder a ejemplares de las mismas es cada vez más inusual. Como el derecho existe sobre todo para permitir la modificación o la divulgación de la obra, el autor, salvo en casos específicos, podrá realizar dicha modificación o divulgación a través de una obra digital, que tendrá las mismas prestaciones que el supuesto ejemplar original.

#### **2.5.8 Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.**

A toda persona considerada artista se le reconocen ciertos derechos morales, que son menores en cantidad que los concedidos a los autores. La LPI los establece en su art. 1113 y los mismos recaen, como es de esperarse, en sus interpretaciones o ejecuciones.

El autor recibe protección por el producto de su actividad creativa, la obra, y por eso es quien posee los derechos originales sobre la misma y el único que es titular pleno de todos los derechos que otorga la Ley. A otros titulares de derechos, como el productor, se les otorgan derechos patrimoniales

porque la protección otorgada es sobre una inversión que da origen a una obra, pero no sobre una creación. Se reconoce que el productor realiza un esfuerzo económico que es el que permite que el autor cree una obra y por lo tanto se le otorga una protección que permite ver recompensado ese esfuerzo económico, de ahí que su derecho recaiga sobre una fijación de la obra, que es un producto que puede explotarse económicamente.

Podríamos decir que la protección al artista está a medio camino. Tampoco es considerado un autor y los derechos que se le otorgan son sobre una fijación en particular de su actuación.

Sobre cada fijación de su interpretación o ejecución el artista tendrá ciertos derechos. Estos derechos, a diferencia de lo que sucede con el productor, son tanto morales como patrimoniales, porque aunque la interpretación del artista depende de una obra preexistente, la que interpreta o ejecuta, la Ley reconoce que también realiza una actividad creativa, si bien se le otorga una categoría distinta a la de la obra, de ahí que su derecho moral no sea tan amplio como el de los autores.

En el caso del artista, los derechos que se le otorgan recaen sobre la fijación de su interpretación. Esto es porque una ejecución o interpretación hecha ante un público determinado en un tiempo determinado que no es fijada en ningún soporte será efímera, y como tal, no será susceptible de explotarse después de terminada dicha interpretación o ejecución.

Como veíamos en el apartado referente a los sujetos del derecho de autor, estos derechos reconocidos al artista solo han aparecido cuando los avances tecnológicos permiten fijar esas actuaciones en soportes sonoros y audiovisuales. Antes de la aparición de estas tecnologías la única forma que tenía el artista de proteger su trabajo era mediante la protección que existe para quien arrienda sus servicios o actúa bajo un contrato.

Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:30) nos dice que esta falta de capacidad para fijar las obras que ha subsistido hasta tiempos muy recientes es el motivo por el que:

“No se les considera autores (de una obra, derivada de la que interpretan o ejecutan), ni se equipara el contenido de su derecho con el de aquellos” (a pesar de que realicen) “creaciones personales” en las que utilizan su imagen (la voz, el físico, los gestos y movimientos) y que alcanzan un nivel elevado de originalidad.”

El citado artículo 113, en su apartado primero, otorga al autor el derecho a que se reconozca su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión viene dictada por la manera de utilizarlas, es decir, le otorga un derecho moral de paternidad o atribución.

También le reconoce el derecho a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación, es decir, le otorga el derecho a la integridad de su interpretación o ejecución.

Además, la Ley otorga la categoría de derecho moral al derecho que tiene el artista, durante toda su vida, a autorizar el doblaje de su actuación en su propia lengua (art. 113.2 LPI). La LPI (art. 105) define al artista intérprete o ejecutante como la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. Dice también que el director de escena y el director de orquesta tendrán los mismos derechos que los artistas.

La definición anterior permite que nos demos cuenta por qué se otorga la categoría de derecho moral al derecho a autorizar el doblaje de la actuación del artista en su propia lengua: la interpretación o ejecución que realiza el artista depende de que primero exista una obra que luego este sujeto ha de representar, cantar o leer a su particular y original manera. Esta forma particular de interpretar o ejecutar es el elemento original en la actuación y como está atada a la personalidad del artista, es por lo tanto donde reside su derecho moral. Para Roselló Manzano (2011:67):

“...la posibilidad de autorizar que otra persona ponga voz a su interpretación en su propia lengua... matiza una vez más la nota de indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos morales y de la personalidad: el artista puede pactar que su interpretación sea modificada en el sentido de mantener su imagen y sustituir su voz... debe procurarse que la voz del que dobla corresponda en lo posible con el timbre de voz del artista... pues la interpretación ha de ser respetada con todos sus matices vocales...”

Por lo tanto, que otra persona elimine la voz del artista, su particular entonación, énfasis y manera de recitar las frases podría vulnerar la integridad de la persona de dicho artista. Recordemos que la protección recae sobre una fijación específica de la interpretación y un doblaje modificaría esencialmente dicha actuación. A nuestro parecer, este derecho moral es en cierta forma accesorio, pues se otorga al artista para que pueda proteger su derecho moral a la integridad de su actuación o interpretación, ya reconocido en el art. 113.1 LPI.

### **2.5.9 Duración de la protección de los derechos morales.**

Según el art. 14 LPI todos los derechos morales son irrenunciables e inalienables y algunos de ellos son transmisibles *mortis causa*, por lo que subsisten tras la muerte del autor.

Para Corredoira (2012:83) esto se debe a la necesidad de protección de otros derechos de la personalidad como el derecho al honor o a la propia imagen. Bercovitz (2012:125) difiere y dice que aunque se trata de un derecho personalísimo, el derecho moral no necesariamente un derecho de la personalidad, por lo que hubiera sido preferible que la LPI especificase a qué familiares determinados corresponden los derechos morales transferibles a la muerte del autor, emulando así lo dispuesto por el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se transfieren de la misma forma en que se transfieren otros derechos.

Al morir el titular de los derechos morales, los derechos de divulgación (art. 15.2 LPI), a la paternidad o atribución y el derecho a la integridad de la obra corresponderán a sus herederos, o a quien el autor haya confiado expresamente por disposición de su última voluntad (art. 15.1 LPI).

Colombet (1997:60-61) considera que el que los derechos morales pasen a los herederos se puede justificar por dos motivos: uno es por la presunción de confianza hacia ciertas personas que parecen ser las más dignas de asumir plenamente la misión de divulgar las obras póstumas; y el otro, porque se puede interpretar que se ha decidido establecer a los herederos como depositarios legítimos



del derecho moral por motivos prácticos puesto que los derechos patrimoniales también recaen sobre los herederos y así se concentran todos los aspectos del derecho de autor en las mismas personas.

Como el transferir el derecho moral a los herederos tiene el inconveniente de que no hay manera de asegurar que los herederos se preocuparán realmente de defender la obra y memoria del autor fallecido, el mismo Colombet (Loc.cit.) sugiere establecer una jerarquía clara para evitar conflictos, sobre todo cuando los herederos tengan posiciones distintas respecto de cómo deben ejercerse los derechos morales.

A falta de herederos o personas designadas, se prevé la sustitución en la legitimación *mortis causa* y esta recae en el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 LPI).

Hay que los derechos de paternidad e integridad son perpetuos y nunca se extinguen, a diferencia del derecho moral a la divulgación, que se extingue setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

Para LaCruz Berdejo (2003:365), aunque el derecho moral subsiste tras la muerte del autor, este se transforma y pasa de ser “un derecho absoluto y egoísta” a convertirse “en un poder orientado a salvaguardar el pensamiento del autor.” Así, lo que se busca con la transmisión *mortis causa* de los derechos de paternidad e integridad es proteger la memoria del autor fallecido, lo que justifica que estos derechos morales no tengan un límite en el tiempo.

El derecho a la divulgación, en cambio, es un derecho que se entiende sobre la obra no divulgada en vida del autor, por lo que si esto ya ha sucedido, no existe motivo para transmitirlo a los herederos. Lo que se busca es que la obra pueda ser dada a conocer al público si el autor no lo ha hecho en vida, pero se establece un plazo en que este derecho puede ejercerse después de fallecido dicho autor, porque su limitación en el tiempo es necesaria por motivos de protección del acceso a la cultura.

El derecho de determinar si la divulgación de la obra ha de hacerse bajo el nombre del autor, bajo seudónimo o signo o anónimamente, también llamado derecho de revelación, deja de tener sentido desde el momento en que se agota el derecho de divulgación. Ahora bien, si no se hubiera agotado dicho derecho, sea porque la obra no lo había sido previamente o porque no se han cumplido setenta años después de muerto el autor, cabría pensar que los herederos, guardianes del derecho moral del autor fallecido, podrían decidir bajo qué nombre se publica la obra, pues a ellos se les transmite *mortis causa* el derecho de paternidad, que no tiene límite de tiempo.

Recordemos que el derecho de paternidad implica que el autor pueda exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y esto quiere decir, entre otras cosas, que si el autor publica anónimamente, posteriormente podrá exigir ser identificado como el autor de la obra que le pertenece. El mismo caso se da si publica bajo un seudónimo y después decide revelarse como el autor.

Derechos como el derecho a modificar la obra o retirar la obra del comercio por cambio de las convicciones intelectuales o morales del autor son derechos que dependen del pensamiento y la personalidad del autor pues están íntimamente relacionados con su actividad creativa. Por ello, no procedería que herederos o incluso terceros pudieran ejercitarlos a la muerte de dicho autor porque se estaría suplantando la personalidad del autor, e irónicamente, esto supondría una vulneración del mismo derecho moral que se intenta proteger. Como ya dijimos, si se transmiten derechos morales, es para proteger al autor fallecido, no para el beneficio directo de sus herederos.

El anterior es uno de los motivos por los que esos derechos morales deben extinguirse con la muerte del autor. Otro motivo es porque es necesario que estos dos derechos, como sucede con el derecho de divulgación, sean limitados por motivos de protección a los bienes culturales. Si subsistiera el derecho a retirar la obra del comercio cabría la posibilidad de que los sucesores decidan retroactivamente la *no divulgación* de la obra que ya está en el comercio con la consiguiente afectación al acceso a la cultura (Castilla Barea, 2010:100).

Como ya hemos visto, una de las finalidades del Derecho de autor es incrementar el acervo cultural y científico de la sociedad, por lo que el paso al dominio público de las obras es algo fundamental para la consecución de dicha finalidad.

Creemos que ese es otro argumento para que los derechos morales que imponen algún límite o freno a la libre circulación de las obras, deben extinguirse en algún momento, sobre todo aquellos que ejercidos de manera abusiva estorben el acceso a la cultura o vayan en detrimento del dominio público.

Por último, debemos mencionar que de acuerdo con el art. 113.3 LPI, fallecido el artista, el ejercicio de sus derechos morales de atribución e integridad corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el artista se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, o en su defecto, a sus herederos. A falta de cualquiera de estas personas, serán el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural las legitimadas para ejercer los derechos. El derecho moral de los artistas a autorizar el doblaje de sus actuaciones en su propia lengua se extingue con la muerte.

## **2.6 Contenido del derecho de autor: los derechos de explotación.**

La parte más importante del contenido del derecho de autor en relación con los límites y excepciones es la referente a los derechos de explotación. Los límites afectan directamente a estos derechos, y por lo tanto, resulta fundamental entender qué implican dichos derechos y qué alcance tienen.

El art. 17 LPI establece que *“corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación...”*

Nótese que el artículo dice que los derechos de explotación pueden ejercerse en cualquier forma y en especial a través de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y

transformación. No se trata de una mención *numerus clausus*, y la legislación simplemente intenta determinar las formas más comunes de explotación de una obra, aún si utiliza el término “derechos”. Esto es confuso, pues el encabezado del 17 LPI habla de un “derecho de explotación y sus modalidades” por lo que parece haber una confusión de términos.

Ayllón Santiago (2011:204) nos confirma que existe dicha confusión terminológica entre derechos y modalidades, y en la doctrina incluso entre formas o facultades de explotación. Esto puede aclararse explicando que el autor de la obra ostenta un derecho genérico a la explotación económica de su obra que engloba toda posibilidad de disfrute, se le llame a esto derecho, facultad o modalidad de explotación.

Esto quiere decir que esos cuatro derechos o modalidades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación deben considerarse como un conjunto, como todas las posibilidades que existe para explotar una obra, o en otras palabras, beneficiarse económicamente de su utilización. (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:77).

Aunque la LPI aclare que los derechos de explotación son independientes entre sí (art. 23 LPI), lo que el autor tiene es la facultad de decidir sobre el derecho genérico del que habla Ayllón. Así, el autor o tenedor de los derechos tiene la facultad de autorizar una modalidad de explotación pero reservándose las demás o bien autorizar todas las modalidades si así conviniera a sus intereses.

Por ejemplo, un autor o tenedor de derechos podrá autorizar la reproducción de su obra pero reservarse el derecho exclusivo de comunicación, de distribución o de transformación o bien puede autorizar a alguien la comunicación o distribución de ejemplares, pero sin permitirle posteriores reproducciones de la obra.

Hablemos ahora de cada una de estas modalidades o derechos de explotación.

### **2.6.1 Derecho de reproducción.**

De acuerdo con el art. 18 LPI, la reproducción es la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

Al derecho de reproducción se le puede considerar, históricamente, como el primer derecho de autor. En un principio, cuando aparece por primera vez la protección a las obras del intelecto en el Estatuto de la Reina Ana de 1710, se otorgaba un derecho exclusivo a realizar copias de una obra.

Gracias a la imprenta, el derecho de reproducción fue la primera prerrogativa que se otorga en un momento inicial a los editores, y posteriormente, a los autores y en un principio cualquier empleo de la obra se consideraba una reproducción (Ribera Blanes, 2002b:224). El sistema de Copyright como su nombre lo dice, debe su nombre al derecho de copia, lo que resalta su importancia histórica. Podemos decir que el derecho de reproducción es el decano de los derechos exclusivos.

El desarrollo tecnológico, en concreto de las técnicas de reproducción, ha ido configurando y afectando al concepto mismo de reproducción (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:78). Antes de la aparición de la imprenta, la forma de realizar copias era a través de la reproducción manuscrita, luego a través de la misma imprenta, hasta llegar a la reproducción digital que hoy en día hace posible obtener copias exactas e instantáneas, y no solo de obras escritas, como en un principio, sino de cualquier tipo de obras.

En la actualidad contamos con técnicas de reproducción que han estado más de un siglo con nosotros, como la fotografía o la grabación sonora, y que hoy en día también se pueden hacer por medios digitales. Las grabaciones audiovisuales comenzaron siendo en filme, y su reproducción era una operación compleja y costosa al alcance de pocos. Actualmente pueden ser realizadas por cualquiera que cuente con el equipo apropiado, incluso con teléfonos móviles que tienen dicha capacidad.

Además, las copias, o mejor dicho, los actos de reproducción, pueden llevarse a cabo en la memoria RAM de un ordenador y no requieren de soportes materiales al uso, pues se trata de copias efímeras que se producen al tener acceso o visionar un contenido en formato digital que no necesitan estar en un disco duro, pues las conexiones a Internet permiten el acceder a contenidos en lo que se llama *la nube*, pues las obras se encuentran almacenadas en servidores remotos. Hablamos de lo que se conoce como *cloud computing* y que tiene implicaciones tanto para este derecho de reproducción como para el derecho de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición online.

La concepción histórica del derecho de reproducción se basa en la obtención de obras físicas, dependientes de un soporte corpóreo. La concepción actual no hace estrictamente necesaria dicha fijación en un soporte, pero a pesar de ello el control de las reproducciones sigue manteniendo su vigencia y relevancia.

Según Ribera Blanes (2002b:228-229): “la simple fijación de la obra en un medio supone una reproducción, independientemente de que se realicen copias de la misma y de que la obra se comunique.” La reproducción comprende tanto la fijación de obras en cualquier medio, como la realización de copias.

Para Corredoira (2012:86) la reproducción incluye la fijación, pero dice esta podría entenderse de manera independiente pues en los derechos económicos de los artistas, se reconocen por separado los derechos de fijación y de reproducción. El art. 106 LPI establece para los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho exclusivo de “*autorizar la fijación de sus autorizaciones*” mientras que el art. 107 LPI establece que “*corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción... de las fijaciones de sus actuaciones.*”

Para Ribera Blanes (2002a:184), con carácter general puede afirmarse:

“...que las obras que necesitan la fijación en un soporte para su existencia se consideran reproducidas cuando se incorporan a un nuevo medio físico, mientras que si se trata de obras que no se han plasmado en ningún soporte, sino que se han expresado por cualquier otro medio, la primera fijación de las mismas constituirá reproducción.”

De lo anterior se desprende que la clave, en el derecho de reproducción moderno, no está en la facultad de obtener una copia física, sino que está en la posibilidad de fijar una obra o parte de ella por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, de tal manera que sea posible transmitir el contenido de la obra o la obtención de copias que son susceptibles de ser así distribuidas, comunicadas o transformadas.

Como ya hemos dicho, para la LPI se habla de un derecho único de explotación que tiene varias modalidades siendo una de ellas la reproducción. Aunque esta es instrumental para las demás modalidades ya mencionadas, es independiente de las mismas. Es la realización no autorizada de una nueva fijación, la fabricación de un ejemplar o una copia, lo que vulnera al derecho de reproducción. No debe de pensarse que la infracción al derecho exclusivo de reproducción se da durante la comunicación pública o su distribución, pues lo que se afecta son esas otras modalidades.

Para algunos autores, el derecho de reproducción está ligado de forma indisoluble al derecho moral del autor a la divulgación de su obra, contenido en el art. 14 LPI:

“la interrelación del derecho pecuniario con el derecho moral es en este caso evidente puesto que el autor, al decidir entregar su obra al público, determina las condiciones de dicha publicación, es decir las modalidades prácticas de la reproducción autorizada” (Colombet, 1997:65).

Debido a la conexión existente entre derecho moral y derecho de reproducción, realizar una primera fijación o copias no autorizadas de una obra que aún no ha sido divulgada, supondrá la vulneración de ambos derechos.

Sabemos ya que cualquier realización no autorizada de un acto de reproducción, que recaiga sobre una obra completa o parte de ella se debe de considerar como una infracción al derecho exclusivo del que hablamos. Sin embargo, en ningún caso debe de considerarse a este derecho, ni a los demás derechos de explotación, como absolutos y habrá casos, establecidos como límites en la

legislación, en los que se puedan realizar actos de reproducción sin contar con la autorización del autor.

### **2.6.2 Derecho de distribución.**

El art. 19 LPI define a la distribución como la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Habría que hacer notar el hecho de que es necesaria una reproducción previa para que este derecho de distribución pueda ejercerse, aunque el autorizar la distribución no implica necesariamente el que se autorice la reproducción de la obra a la misma persona.

Como vimos en el apartado anterior, el derecho de reproducción no necesariamente implica la producción de copias físicas. El derecho de distribución en cambio sí está atado a dichas copias físicas pues solamente recae sobre obras en soporte tangible, como les llama la ley: ejemplares de libros, CDs que contienen obras musicales o DVDs si hablamos de obras audiovisuales, por ejemplo.

Nos dice Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:80) que “...el aspecto fundamental del derecho de distribución es que la obra se incorpore en un soporte tangible, al que puede acceder el conjunto de integrantes del público.” La proyección de una película o la exhibición de pinturas en un museo no constituyen actos de distribución pues no son copias físicas que están a disposición del público, no existe la posibilidad de que una persona pueda llevarse a casa una copia material de lo proyectado o exhibido.

El acto crucial que el autor tiene la facultad de autorizar o prohibir es la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra original, lo que sirve para diferenciar a la distribución del derecho de comunicación pública contenido en el art. 20 LPI.

El art. 19.2 LPI establece la llamada doctrina de la primera venta y que es el agotamiento del derecho de distribución sobre los ejemplares de una obra. Esto quiere decir que el derecho de



distribución del autor se agota en el mismo momento en que ha decidido desprenderse del soporte de su obra y transferirlo a un tercero, de manera que no puede oponerse a ventas posteriores del bien (Marín López, 2006:221).

En el caso de las obras plásticas, el autor se desprende de la obra en sí y no puede oponerse a que cambie de manos (aunque sí tiene derechos de participación sobre ella). En el caso de obras como las escritas, por ejemplo, la distribución no implica que el autor se desprenda del manuscrito original, solo de copias físicas de la obra, de ejemplar, a cuya venta posterior ya no se puede oponer. Esto guarda relación con el agotamiento del derecho moral a la divulgación de la obra al que ya nos hemos referido en el apartado correspondiente.

El mencionado art. 19.2 LPI nos dice que:

*“cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien solo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.”*

Entonces, para el derecho español y el europeo en general, el derecho de distribución solo se agotará en virtud de transmisión de la propiedad cuando se realice dentro del Espacio Económico Europeo. Esta disposición guarda relación directa con medidas relacionadas con el comercio internacional y las llamadas “importaciones paralelas” o importaciones no autorizadas.

Existen algunas excepciones al agotamiento del derecho de distribución como el derecho de alquiler (art. 19.3 LPI), el de préstamo (art. 19.4 LPI) y el de participación para los autores de obras de arte originales, que ya hemos mencionado (art. 24 LPI).

La distribución a través de alquiler implica la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico directo o indirecto (art. 19.3 LPI) mientras que el préstamo es la puesta a disposición de originales y copias de una obra, también para su uso limitado en el tiempo pero en este caso sin beneficio económico o comercial directo ni

indirecto y siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público (art. 19.4 LPI). La principal diferencia entre ambas modalidades de distribución está en si existe el beneficio económico directo o indirecto además de que el préstamo solo puede ser llevado a cabo por establecimientos accesibles al público como por ejemplo las bibliotecas públicas.

El mismo art. 19.4 LPI establece la diferencia entre beneficio económico directo o indirecto al establecer que este no existe:

*“cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesarios para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual...”*

Lo que diferencia al alquiler del préstamo no es el hecho de que exista o no contraprestación económica por acceder al ejemplar, es necesario que exista un verdadero lucro que se desprenda del pago de una cantidad, es decir, debe de existir un beneficio económico.

Del concepto de alquiler quedan excluidas la puesta a disposición de obras con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta in situ (art. 19.3 2º párrafo) y no se puede aplicar lo dispuesto en cuanto al alquiler y préstamo a edificios ni obras de arte aplicadas (art. 19.5 LPI).

### **2.6.3 Derecho de comunicación pública.**

El derecho de comunicación pública es todo acto de explotación que permita el acceso a una obra a una pluralidad de personas sin que exista una previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. En España, está regulado por el art. 20 LPI.

La principal diferencia entre el derecho de distribución y el de comunicación pública como podemos apreciar es que en este último no hace falta la distribución de ejemplares o copias en un soporte tangible a cada uno de ellos: “la explotación se confunde con la accesibilidad (disfrute) de la

obra por parte del público, siendo dicha explotación intangible por naturaleza” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:87). Corredoira (2012:88) nos dice que en el campo del Derecho de la Información, la facultad de comunicación pública es conocida como difusión.

El derecho de comunicación pública otorga la facultad de autorizar el acceso o disfrute a la obra al público, sin que esto implique que cada uno tenga acceso a ejemplares específicos. Implica el autorizar la posibilidad de acceso a la obra o lo que es lo mismo, que el público pueda tener acceso a la obra que se comunica (Erdozaín López, 1997:352). Para que exista un acto de comunicación pública no es preciso un acceso efectivo a la obra, sino *la posibilidad* de que el público reciba la obra que se comunica (Ayllón Santiago, 2011:160).

Antes de la irrupción de las tecnologías modernas de explotación, el concepto tradicional de comunicación pública se refería solamente a actos como la representación teatral o la ejecución musical en público, es decir, actos de explotación que tienen lugar con simultaneidad, temporal y espacial, entre el público y el organizador del acto.

En la actualidad, gracias a la tecnología, es posible un acto de comunicación pública sin que exista dicha simultaneidad ya que puede ser que exista, en sentido jurídico, un público sucesivo en el tiempo y el espacio (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:83).

Ayllón Santiago (2011:216) llama a esto comunicación pública indirecta, la cual se da cuando existe “un lapso tanto físico como temporal entre quienes realizan el acto de comunicación y el público.” El mismo autor llama a la comunicación pública en donde hay coincidencia temporal y espacial (representación escénica por ejemplo) comunicación pública directa.

Ejemplos de la comunicación pública indirecta hecha posible por la tecnología son la radiodifusión de las obras, la proyección de obras audiovisuales o cinematográficas, la emisión de la obra audiovisual por la televisión abierta o la transmisión vía satélite o por cable, o el *streaming* a través de Internet.

También es necesario definir a qué se refiere el artículo 20 con esa “*pluralidad de personas*”, es decir, se requiere delimitar el concepto de público. El mismo:

“...viene definido no tanto por el número de personas al que va destinada la obra, sino por la dimensión económica que tal colectivo tiene de cara a su explotación... el concepto de público debe estimarse por la dimensión relativa que los destinatarios de la comunicación tienen en función del tiempo o del espacio, o de su relevancia económica” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:87).

Para Erdozaín López (1997:351) lo relevante es la calidad del público. Lo importante no es la cantidad de personas que tienen posibilidad de acceso sino que las personas que tengan dicho acceso estén fuera del ámbito doméstico.

El art. 20.1 LPI establece que una comunicación privada es aquella que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

El art. 20.2 LPI considera especialmente como actos de comunicación pública a:

- a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

El art. 20.2.a) se está refiriendo a esa noción tradicional de comunicación pública a la que nos hemos referido, y a la que se le suele llamar como directa.

Todas las demás formas de comunicación pública se consideran como indirectas, y el mismo art. 20.2 menciona las siguientes:

- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadores de programas hacia un satélite, cuando la

recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.

- d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadores de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde este a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación. El art. 20.2) aclara que:

*“cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de decodificación (y que)... se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.”*

- e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.
- f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida. El art. 20.2.f) dispone además que:

*“se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.”*

- g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.
- h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. Como ya hemos dicho, incluiríamos en esta concepción tradicional de la comunicación pública a la exhibición accesible al público de obras de arte.

- i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

En esta *puesta a disposición del público* a la que hace referencia el art. 20.2.i) LPI es donde podríamos clasificar los servicios de *streaming* a través de Internet o a las redes P2P pues estamos ante la llamada comunicación online y que puede hacerse, entre otros métodos, “...por Internet, por móviles o por fórmulas de acceso tipo wi-fi o combinadas...” (Corredoira, 2012:89). Esta letra i) se introdujo a la LPI como resultado de la adopción de la Directiva 29/2001/CE a través de la reforma hecha por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

El artículo 20.2 incluye también a:

- j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las leyes de derecho de autor.
- k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por la legislación en la materia. Tanto este inciso como el j) anterior se refieren a la comunicación pública de bases de datos y son resultado de la trasposición de la Directiva 29/2001/CE y fueron introducidas en la modificación a la LPI hecha por la Ley 23/2006 a la que ya nos hemos referido.

Las formas de comunicación pública del 20.2 LPI se dan a manera de ejemplo y no quiere decir que no puedan existir otras formas similares a estas. Sirven para ilustrar la gran cantidad de métodos de comunicación pública que se hacen posibles gracias a los adelantos en la tecnología.

Además, la LPI contiene disposiciones específicas en relación con la comunicación pública hecha a través de satélite en el territorio de la Unión Europea. Corredoira (Loc. Cit.) opina que estas disposiciones son demasiado complejas en su redacción y no contribuyen en nada al mercado de la televisión y radio vía satélite.

Dichas disposiciones se encuentran en el art. 20.3 LPI que establece que:

- a) La comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro de la Unión Europea en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas se introduzca en la cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde este a la tierra.
- b) Cuando la comunicación al público vía satélite se produzca en el territorio de un Estado no perteneciente a la Unión Europea donde no exista el nivel de protección que para dicho sistema de comunicación al público establece esta legislación, se tendrá en cuenta lo siguiente:
  - i. Si la señal portadora del programa se envía al satélite desde una estación de señal ascendente situada en un Estado miembro se considerará que la comunicación al público vía satélite se ha producido en dicho Estado miembro. En tal caso, los derechos que se establecen relativos a la radiodifusión vía satélite podrán ejercitarse frente a la persona que opere la estación que emite la señal ascendente.
  - ii. Si no se utiliza una estación de señal ascendente situada en un Estado miembro pero una entidad de radiodifusión establecida en un Estado miembro ha encargado la emisión vía satélite, se considerará que dicho acto se ha producido en el Estado miembro en el que la entidad de radiodifusión tenga su establecimiento principal. En tal caso, los derechos que se establecen relativos a la radiodifusión vía satélite podrán ejercitarse frente a la entidad de radiodifusión.

Por último, el art. 20.4 contiene reglas específicas relativas a la retransmisión por cable dentro del territorio de la UE.

El art. 20.4.a) establece que la retransmisión en territorio español de emisiones, radiodifusiones vía satélite o transmisiones iniciales de programas procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea se realizará, en lo relativo a los derechos de autor, de acuerdo con lo dispuesto en la LPI y con arreglo a lo establecido en los acuerdos contractuales, individuales o colectivos, firmados entre los titulares de derechos y las empresas de retransmisión por cable.

Por su parte, los incisos b al g) de este art. 20.4 LPI regulan lo concerniente a la autorización de la retransmisión por cable a través de entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y a las relaciones entre los titulares de los derechos y dichas entidades de gestión colectiva; dejando fuera de lo dispuesto a las entidades de radiodifusión en lo concerniente a los derechos sobre sus propias emisiones, radiodifusiones vía satélite o transmisiones, con independencia de que los referidos derechos sean suyos o les hayan sido transferidos por otros titulares de derechos de autor.

#### **2.6.4 Derecho de transformación.**

El derecho de transformación está regulado en el art. 21 LPI que nos dice que la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Tratándose de una base de datos, la reordenación de la misma también puede considerarse como una transformación.

Quizás este sea el derecho exclusivo más difícil de delimitar pues no resulta tan sencillo, al menos al principio, diferenciarlo de otros derechos, en particular del derecho moral a la integridad de la obra. También es necesario desmarcarlo del derecho de reproducción, con el que tiene varios puntos en común:

“Para que exista transformación no es requisito *sine qua non* que se lleve a efecto una actividad transformadora sobre la obra originaria... la propia (LPI) nos lleva a incluir en la noción de transformación aquellos supuestos en los que una obra preexistente, o parte de ella, se incorpora como tal a la realización de la obra” (López Sánchez, 2008:19).



El mencionado art. 21 LPI establece que los derechos sobre la obra resultante de la transformación corresponden al autor de dicha obra nueva pero sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre esta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

Con respecto del derecho de integridad, el art. 14 LPI establece que el autor tiene el derecho inalienable e irrenunciable a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

Nótese que en la LPI se habla de una modificación en la forma de la obra, primer elemento de diferencia con el derecho a la integridad de la obra en donde atentar contra la integridad de la obra implica no solo la destrucción, modificación, mutilación o fragmentación material de la obra sino también el traicionar el pensamiento del autor (López Sánchez, 2008:35). En cambio, la transformación implica alterar la forma de la obra pero sin tocar la “razón ideológica de su contenido” (Ramos Albesa, 1994:420).

Respetar la integridad de la obra implica proteger al autor contra atentados a su obra, tanto en el fondo como en la forma, que le supongan un perjuicio o menoscabo en su reputación. El derecho de transformación solamente protege al autor de modificaciones no autorizadas en la forma de la obra. Aún si se autoriza la transformación de la obra, el autorizado deberá de tener cuidado de no infringir el derecho moral a la integridad de la obra.

Con lo anterior nos viene a la mente el caso de los *Monty Python* al que hemos hecho alusión en capítulo primero y cuando nos referíamos a la protección de los derechos morales en Estados Unidos. Para los *Python*, aunque un contrato autorizaba la transformación de su obra, el problema era que los cambios que había hecho la televisora que emitía su programa, no permitían

entender las bromas que dicho programa contenía o las sacaban tanto de contexto que no transmitían el mensaje deseado y por ello consideraban que se había atentado contra su integridad artística.

En casos como la adaptación, lo normal es que se pretenda ser bastante fiel a la obra original que se transforma. Por supuesto, hay cambios que son necesarios pues no podemos hablar del mismo tipo de obra ni del mismo tipo de lenguaje en una novela o en su adaptación al teatro o al cine pues cada arte tiene sus características propias.

Las adaptaciones y otras transformaciones tocan temas relativos a la libertad de expresión y a la expresión artística. Por ello, no es aceptable que cuando un autor autoriza la transformación para que su obra sea adaptada, el adaptador siempre tenga que estar en peligro de que el autor se oponga a cualquier cambio a su obra, amparándose en su derecho moral a preservar la integridad de su obra. No toda oposición al cambio, que puede estar motivado por un capricho, o por una diferencia de ideas o de gustos, puede ser considerado como un asalto a la integridad de la obra. Es necesario que se lastime o traicione el mensaje de la obra, es decir, lo que el autor busca transmitir. De la misma manera, para que una modificación material pueda considerarse como una infracción al derecho moral del que hablamos, es necesario que dicha modificación atente contra la obra y pueda resultar en un daño a los intereses y reputación del autor.

Para Bercovitz Rodríguez Cano (2012:97): “...salvo en casos especialmente graves, en que la adaptación sea objetivamente lesiva para la obra o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá interpretarse de forma conjunta con el derecho de paternidad.”

Lo anterior quiere decir que lo importante es que la obra derivada no se confunda con la obra original. Como es lógico esperar que toda adaptación tenga ciertos cambios, la integridad del autor se considerará protegida siempre que el público no pueda confundir su obra original con la adaptación de la misma, atribuible a otro autor.

Volviendo al ejemplo de los *Monty Python*, aunque no se trate de una adaptación, hay que hacer notar que el grupo reconocía que se había otorgado el derecho de transformar la obra a la estación de televisión, pero el problema estaba en que la cadena de televisión que había hecho los cambios, no identificaba que se trataba de una versión diferente, editada por persona diferente al autor. Los *Python* entendían que atribuirles una obra que ya no se correspondía con lo que pretendían transmitir de una manera particular, atentaba contra su integridad.

Por último debemos advertir que los conflictos relativos a la integridad de la obra cuando ocurre transformación deben de ser resueltos caso por caso: “deben de tomarse en consideración algunos elementos, principalmente, los motivos que conducen a la destrucción, la naturaleza de la obra y su destino” (López Sánchez, 2008:37).

Es esencial considerar la buena fe de quien realiza la transformación de una obra. Además será necesario tener en cuenta el grado de autorización concedido por el autor y la naturaleza y género de la obra además de la costumbre y práctica del sector o tipo de obra del que se trate (Ibíd.:39).

Respecto de la diferencia entre el derecho de reproducción y el de transformación, debemos recordar que la LPI habla de fijaciones directas o indirectas que permitan la comunicación u obtención de copias, en el caso de la reproducción. La transformación de una obra implica la creación de una obra nueva sobre la que se tienen derechos de autor y esto quiere decir, de acuerdo con la definición de obra, que es necesario que exista un grado de originalidad, por mínimo que este sea, y no una simple copia o reiteración de la obra original.

Para que haya transformación es necesario que el acto que se realiza no resulte solamente en una copia idéntica en un soporte igual al de la obra original, o que exista un simple cambio de soporte.

Si los cambios introducidos en una obra no son lo suficientemente relevantes para dar lugar a una obra diferente de la que se ha partido, no estamos ante una obra transformada, sino ante una obra reproducida (Ibíd.:52).

Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:92) pone como ejemplo de esto la digitalización de una obra en donde lo único que existe es un cambio de formato de la obra (de un libro en papel a un *eBook*, de un disco de vinilo a un archivo MP3 o de una película en *Blu-ray* a formato *MKV* que también permite la alta definición), pero no hay una aportación original que haga surgir una obra diferente de la anterior. La transformación da origen a una obra nueva, la reproducción simplemente a una copia de la obra original.

### **2.6.5 Duración de los derechos de explotación.**

A diferencia de algunos derechos morales que no están sujetos a un plazo en la LPI, la ley establece una duración en el plazo de protección de los derechos de explotación otorgados sobre una obra.

El art. 26 LPI establece que, en general los derechos de explotación sobre una obra duran toda la vida del autor y setenta años después de la muerte o declaración de su fallecimiento. Dicho plazo de protección comenzará a computarse a partir de 1 de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor (art. 30 LPI).

La legislación española otorga un plazo mayor de protección en comparación con el Convenio de Berna (art. 7) que concede protección durante toda la vida del autor más cincuenta años después de su muerte. Esto se debe a que la Unión Europea adoptó la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines que establece en su artículo 1 que la duración de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas será precisamente toda la vida del autor más setenta años

después de su muerte. La incorporación de lo dispuesto en dicha Directiva ha dado como resultado que la protección tenga la duración actual en la legislación española.

Según la exposición de motivos de la Directiva que hemos mencionado, el Convenio de Berna pretende proteger los derechos del autor y de las dos primeras generaciones de sus descendientes con el plazo establecido de cincuenta años después de muerto dicho autor. El legislador europeo ha considerado que el promedio de duración de la vida del ciudadano europeo hace que dicho período no sea suficiente, de ahí que se haya decidido optar por un plazo mayor. (Considerando (5) de la Directiva 93/98/CEE).

El legislador europeo reconoce que es necesario un plazo más largo para poder respetar los derechos adquiridos de ciudadanos de los Estados miembros en esta materia y por ende, la armonización de los plazos no puede acarrear una disminución en el plazo de la protección (Considerando (9) de la Directiva 93/98/CE), tal es el caso de los países que han prolongado la protección más allá de los cincuenta años tras la muerte del autor para compensar los efectos de las guerras mundiales (Considerando (6) de la Directiva 93/98/CE).

En el caso de España, la ley de 1987, hoy derogada, ya establecía que los derechos de explotación durarían toda la vida del autor más sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento, es decir diez más que en Berna (art. 26 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual).

El plazo de protección para las obras póstumas, seudónimas o anónimas comienza a contarse a partir de la divulgación lícita de la obra y la protección dura también setenta años a partir de dicha divulgación (art. 27.1 LPI). Esto se debe a que sería difícil si no conocemos quien es el autor, en el caso del uso de un seudónimo o en una obra anónima, determinar la fecha de fallecimiento de la persona.

En el caso de una obra póstuma no hay otra forma de determinar el cómputo pues el autor ha fallecido antes de que se divulgue la obra. Con respecto de las obras seudónimas, si el autor revela su identidad o el seudónimo no deja dudas sobre su identidad, se volverá a lo dispuesto en el artículo 26 LPI. Nótese que el autor deberá darse a conocer antes de que transcurra el plazo de 70 años a que hace alusión el art. 27 LPI. Los seudónimos que permiten establecer sin lugar a dudas la identidad del autor han sido llamados “transparentes” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:93).

El art. 27.2 LPI prevé un plazo de protección de setenta años a partir de su creación para las obras que han sido divulgadas ilícitamente, es decir, sin consentimiento del autor, siempre que el plazo no sea computado a partir de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o autores de la obra.

Las obras en colaboración ofrecen una problemática particular puesto que es necesario decidir en qué momento comienza a correr el plazo de setenta años de protección. La LPI establece en su art. 28.1 que para este tipo de obras, incluidas las obras cinematográficas y audiovisuales, el derecho dura toda la vida de los autores más setenta años después del fallecimiento del último coautor superviviente. Nótese que en este tipo de obras es posible identificar quienes son los autores y determinar con claridad cuándo ha fallecido el último de estos. Al mismo tiempo, el hecho de que el cómputo se haga en la forma indicada, otorga un período de protección superior para los herederos de los autores que fallecieron primero.

Con respecto de las obras colectivas, debemos de tener en cuenta su naturaleza. Se trata de obras creadas bajo iniciativa de una persona que puede ser natural o jurídica y son divulgadas en su nombre. La obra que se divulga es una única y autónoma y es resultado de la fusión de aportaciones de diversos autores.

Cuando hablamos de personas jurídicas, que son consideradas como autores de este tipo de obras, es fácil entender por qué el art. 28.2 LPI establece el momento de la divulgación lícita de la

obra para el inicio del cómputo del plazo de setenta años puesto que las personas morales no fallecen, por lo que si el momento para iniciar el cómputo es el fallecimiento del autor, en este caso no podría determinarse.

El artículo señala que cuando las personas naturales que han creado la obra son identificadas como autores en las versiones de la misma que se hagan accesibles al público, entonces se estará a lo dispuesto en la regla general del art. 26. LPI o con respecto de lo dispuesto para las obras en colaboración en el art. 28.1, según proceda. Lo anterior sin perjuicio de los derechos de los autores identificados cuyas aportaciones identificables estén contenidas en dichas obras a las que se aplicará según corresponda lo dispuesto para las obras individuales o las colectivas.

Con respecto de las obras divulgadas por partes, volúmenes, entregas o fascículos que no sean independientes, el art. 29 LPI establece que cuando el plazo de protección comience a transcurrir cuando la obra haya sido divulgada de forma lícita, dicho plazo se computará por separado por cada elemento, evitando así un plazo de protección exagerado si se diera el caso de que por ejemplo, el primer volumen sea divulgado cuando el autor tiene 35 años de edad y el último no es publicado por sus herederos hasta 35 años después de la muerte del autor.

## **2.6.6 Derechos de explotación de personas distintas al autor.**

### **2.6.6.1 Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.**

En España, la LPI otorga ciertos derechos exclusivos a los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones.

El art. 106 LPI les otorga el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones. Recordemos que dicha fijación es esencial para la protección de sus derechos incluso los morales y dada la importancia de esta autorización se establece el requisito de que se haga por escrito. Además, según el art. 107, también corresponde al artista autorizar por escrito la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones.

El art. 108 otorga al artista el derecho exclusivo de autorizar, por escrito la comunicación pública de sus actuaciones, salvo que estas fueran actuaciones transmitidas por radiodifusión o haya sido realizada a partir de una fijación previamente autorizada y también la comunicación pública de sus fijaciones, estableciendo además reglas para la comunicación al público vía satélite y por cable. El art. 109 establece el derecho de distribución de los artistas sobre las fijaciones de sus actuaciones, incluyendo los derechos de venta, alquiler y préstamo.

Esto es similar a lo que todos los países firmantes del Tratado ADPIC, entre ellos España, reconocen a los artistas intérpretes y ejecutantes, en su artículo 14.1:

*“En lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. Los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán asimismo la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo.”*

En comparación, Estados Unidos otorga derechos de explotación a los artistas sobre la su interpretación en eventos musicales en vivo. El país norteamericano otorga los derechos de autorizar dicha fijación, además de la comunicación pública y distribución de sus interpretaciones (§101 de la Ley de Copyright).

#### **2.6.6.2 Derechos de los productores de fonogramas.**

Como ya vimos, los productores de fonogramas tienen derechos exclusivos sobre la fijación sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos. Los derechos otorgados a estos productores son el de reproducción, comunicación pública y distribución sobre dicha fijación (arts. 115, 116 y 117 LPI).

Todos estos derechos expirarán cincuenta años después de que se haya hecho la grabación, se haya publicado lícitamente o se haya comunicado lícitamente al público. Todos los plazos se



computarán desde el 1 de enero del año siguiente al momento de la grabación, publicación o comunicación al público (art. 119 LPI).

#### **2.6.6.3 Derechos de los productores de grabaciones audiovisuales.**

El productor de la obra audiovisual también cuenta con el derecho exclusivo de autorizar la reproducción sobre la primera fijación de la grabación audiovisual y sus copias (art. 121 LPI). Además, se le otorgan derechos sobre la grabación audiovisual los derechos de autorizar la comunicación pública y su distribución (arts. 122 y 123 LPI, respectivamente).

La duración de estos derechos en España es de cincuenta años computados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha que se hizo la grabación o bien la divulgación lícita de la misma.

#### **2.6.6.4 Derechos de las entidades de radiodifusión.**

Las entidades de radiodifusión reciben derechos exclusivos bajo la LPI española, teniendo el derecho exclusivo a autorizar la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual. Las empresas de distribución por cable no cuentan con este derecho cuando retransmitan emisiones o transmisiones de entidades de radiodifusión.

Dichas entidades también podrán autorizar la reproducción de estas fijaciones, su puesta a disposición del público, la retransmisión de las mismas, su comunicación pública y su distribución. Todos estos derechos se encuentran recogidos en el art. 126 LPI.

La duración de estos derechos es también de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la realización por vez primera de una emisión o transmisión (art. 127 LPI).

#### **2.6.6.5 Derechos exclusivos sobre meras fotografías.**

Como hemos visto, las meras fotografías no tienen la categoría de obra y por lo tanto quien las realiza no es considerado autor por lo que no cuenta con los derechos que les corresponderían a quienes si son considerados como tales.

Sin embargo, la LPI otorga a quien realiza la mera fotografía el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública. El plazo de duración de estos derechos es de veinticinco años computados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se realizó la fotografía (art. 128 LPI).

#### **2.6.6.6 Derechos exclusivos sobre obras inéditas y obras no protegidas.**

Quien divulga una obra inédita que ya está en el dominio público no puede ser reconocido como su autor, el cual, para ese momento ya tendrá tiempo de fallecido. Sin embargo, atendiendo a que quien divulga dicha obra no estará exento de una inversión económica, la ley (art. 129 LPI) otorga derechos exclusivos de explotación a estas personas.

Por los mismos motivos, el mismo artículo otorga derechos de reproducción, distribución y comunicación pública a los editores de obras no protegidas, siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales.

Los derechos para ambos tipos de editores tienen una duración de veinticinco años desde el 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra o la publicación, según sea el caso (art. 130 LPI).

#### **2.6.7 Contenido del derecho *sui generis* sobre las bases de datos.**

La LPI otorga un derecho al empresario al que se le atribuye la fabricación de una base de datos no original debido a que busca compensar la gran inversión económica, de tiempo y de esfuerzo que ha gastado en su creación.

En palabras de Magro Servet (2010:277), el derecho *sui generis* “protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios

financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido.”

El derecho *sui generis* implica que el fabricante tenga derecho a prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos. Este derecho puede transferirse, cederse o darse en licencia contractual como los derechos de explotación “*tradicionales*” (art. 133.2 LPI).

El art. 133.3.b) define a la extracción como la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos a otro soporte cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice.

El inciso c) del mismo artículo define a la reutilización como toda forma de puesta a disposición al público de la totalidad o una parte sustancial del contenido de una base de datos mediante la distribución de copias en forma de venta u otra transferencia de propiedad o por alquiler, o mediante transmisión en línea o de otras formas. Como vemos, se otorga un derecho similar al de reproducción y otro de distribución.

Es importante hacer notar que este derecho se otorga al fabricante independientemente de si los datos dentro de la base son protegibles o no y son derechos independientes de los derechos que los autores tendrían sobre las obras contenidas en la base, si estas fueran protegibles (art. 133.4 LPI).

#### **2.6.8 Otros derechos: El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada.**

Hemos visto hasta ahora derechos patrimoniales que permiten explotar la obra de manera exclusiva en distintas modalidades: el autor puede hacer o permitir a otros hacer actos de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de su obra y con ello obtener réditos económicos. En mayor o menor medida, otros titulares tienen derechos de reproducción,

comunicación pública o distribución sobre fijaciones de obras creadas por autores y con esto también pueden obtener un beneficio.

Existe otra categoría de derechos patrimoniales que aunque no permiten decidir quién y en qué modalidad se podrá explotar una obra, otorgan una remuneración cuando se producen ciertos actos que le afectan.

A estos derechos se les llama derechos de simple remuneración siendo esto el derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada. Estos derechos comparten como característica el que no son gestionados directamente por sus derechohabientes sino que se hacen efectivos a través de las llamadas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

#### **2.6.8.1 El derecho de participación.**

En España, el art. 24 LPI, que contenía el derecho de participación ha quedado derogado y ahora es una legislación específica, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original la que regula a este derecho. Esta Ley traspone la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original:

“Resulta relevante destacar que el derecho de participación pretende hacer partícipe al autor en los beneficios de la obra tras la venta originaria, participando de este modo el autor en el éxito y acogida de su obra tras cada una de las posteriores ventas, pudiéndose llegar a producir un efecto de incentivo a la producción artística pues al participar en el éxito de su obra se le está «animando» a continuar en su producción” (Bleda Navarro, 2010:129).

El derecho de participación consiste en un derecho inalienable e irrenunciable (art. 6 de la Ley 3/2008 y art. 1 de la Directiva 2001/84/CE). El derecho se otorga a autores de obras de arte gráficas o plásticas tienen derecho a recibir un porcentaje del precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor.

El art. 1 de la Ley 3/2008 establece el contenido de este derecho y da como ejemplos de obras de arte gráficas o plásticas: “*los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de video arte.*”

Como no podía ser de otra forma, el sujeto de este derecho es el autor de las obras de arte original y el derecho se reconoce también a sus derechohabientes tras su muerte o declaración de fallecimiento por lo que es transmisible *mortis causa* (de hecho, esta es la única forma en que puedo ser transmitido) y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor (art. 6 de la Ley 3/2008).

Como vemos, aunque se trata de un derecho de contenido patrimonial, el mismo tiene ciertas características del derecho moral (es inalienable e irrenunciable). Esto es “... por la especial vinculación del autor a la obra; en estos supuestos, el ejemplar es único, no es posible la reproducción en serie. Esta unicidad de la creación artística es la razón del reconocimiento de este derecho, a diferencia de otras obras protegidas por la propiedad intelectual” (de Couto Gálvez y otros, 2005:56).

Para Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:131), esto obedece simplemente a razones prácticas “para hacerlo viable, puesto que en caso, contrario, el comprador del original exigiría dicha renuncia.”

Como el título de la legislación deja escapar, este derecho recae únicamente sobre la reventa de obras de arte original y no reproducciones de la misma aunque también se consideran como obras de arte originales a los ejemplares de las obras de arte que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad. Así lo establece el art. 1 de la Ley 3/2008 que además establece la necesidad de que dichos ejemplares estén numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

El porcentaje de participación sobre las reventas del que hablan las legislaciones está establecido en las mismas. No obstante, el importe total del derecho no podrá exceder los 12.500 euros (art. 5 de la Ley 23/2008 y 4 de la Directiva).

Por último, es necesario aclarar que la Ley establece específicamente a qué tipo de reventas se aplica el derecho: a aquellas *“en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte, y en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado”* (art. 3 de la Ley 3/2008) por lo que el derecho no está dirigido por ejemplo, a la operación privada entre dos personas físicas que no se dediquen regularmente a la compra-venta de arte. Además, este derecho nace cuando el precio de la reventa es igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario (art. 4 de la Ley 3/2008).

Este derecho no incluye los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no supere los 10.000 euros antes de impuestos (art. 3 de la Ley 3/2008). Podemos hablar de que existe una limitación en cuanto a las obras que generan este derecho tanto en cuanto al precio de estas como respecto de los sujetos que participan en las operaciones de reventa.

#### **2.6.8.2 El derecho de compensación por copia privada.**

Este derecho, que siempre ha estado rodeado por la controversia, también se ha conocido como *canon* por copia privada y es un derecho remuneratorio ligado a un límite al derecho exclusivo de reproducción conocido precisamente como *“copia privada”* y que está regulado por el art. 31.2 LPI.

El derecho de compensación está establecido en el Art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE que establece, a nivel europeo, el límite que permite la reproducción privada realizada por personas físicas, condicionándola a que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa. A nivel europeo, el art. 9 del Convenio de Berna establece que las legislaciones nacionales pueden permitir ciertos actos de reproducción siempre y cuando no se atente a la explotación normal de la obra o no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Esto último justificaría la imposición de una compensación equitativa.

A pesar de lo que disponen tanto el Convenio de Berna como la Directiva, en España a día de hoy el art. 25 LPI que era el que regulaba la compensación por copia privada ha sido derogado por el Número I de la disposición adicional décima del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Dicha Ley, en España, ha suprimido esta compensación por copia privada.

El suprimir totalmente cualquier compensación al titular de los derechos iría en contra de la Directiva 2001/29/CE que hemos mencionado pues condiciona la existencia del límite a que exista la compensación. Es por ello que el mismo Real Decreto Ley 20/2011 estableció que se regularía a través de reglamento un procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Dicha medida parece ser un “parche” temporal y definitivamente es digno de estudiar cuál debe de ser la fórmula correcta que el gobierno debe de aplicar pero eso no es tema de esta tesis doctoral.

## **2.7 Conclusiones al capítulo.**

Hemos establecido cuál es el hecho generador del derecho de autor y en qué momento se produce, lo que nos permite determinar cuándo empieza la protección.

Hemos establecido cuál es el hecho generador del derecho de autor y en qué momento se produce, lo que nos permite determinar cuándo empieza la protección.

De la misma forma, hemos analizado la ley, la doctrina y la jurisprudencia internacional para determinar quién tiene la consideración de autor y por lo tanto quién es el titular originario y completo de los derechos de autor. Hemos establecido a quién se le atribuyen ciertos derechos de autor a pesar de que no se les considera autores. Naturalmente, entre estas personas se encuentran titulares no originarios como productores, editores o fabricantes de bases de datos pero también personas que realizan actividades creativas, pero no tienen consideración de autores, como los artistas intérpretes o ejecutantes.

Se ha definido lo que es la obra, es decir, el objeto del derecho de autor y hemos estudiado con detenimiento que tipos de obras son las que se reconocen en la ley.

Ya determinado lo anterior hemos analizado el contenido de los derechos de autor. Hemos identificado cuáles son los derechos morales reconocidos en la ley y hemos explicado su condición de derechos inalienables; pero también hemos buscado, con esta definición, delimitarlos para no confundirlos con los derechos de explotación, que son los que hemos estudiado a continuación.

Esta diferenciación es fundamental para el tema de nuestra tesis pues recordemos que los límites al derecho de autor solamente recaen sobre los derechos de exclusivos. Solo sabiendo en dónde está la frontera de protección de un derecho moral de tal manera que permite el ejercicio de un derecho de explotación en manos de un tercero.

Saber dónde está esta frontera lo que nos permitirá identificar el derecho de explotación específico y por lo tanto nos permitirá establecer si este derecho tiene un límite o no y bajo qué condiciones. Sabiendo, por ejemplo, donde acaba el derecho moral de integridad, sabremos donde empieza el derecho exclusivo de transformación que permitirá a un tenedor de derechos realizar dichos actos sobre una obra. Esto a su vez, nos permitirá determinar cuándo podemos ampararnos en



un límite que nos permita hacer un uso transformativo de una obra sin requerir de la autorización del titular de dicho derecho.

Habiendo establecido lo anterior, ahora podemos estudiar con detenimiento los límites que recaen sobre los derechos exclusivos de autor.

### **Capítulo 3. Límites y excepciones al derecho de autor.**

Ya antes hemos establecido que la legislación del derecho de autor busca proteger ciertos derechos de los autores de las obras, algunos de estos derechos son inalienables y se protegen de manera perpetua (por ejemplo derechos morales como la atribución y la integridad de la obra) y otros de manera temporal (que son todos los derechos de explotación o económicos). Se busca con esto el incentivar la creación asegurando un retorno (económico y de prestigio social) para el autor y mediante las obras que se crean gracias a este incentivo, se busca como fin el avance, aprendizaje, difusión y promoción de la cultura y la ciencia.

Como dejamos de manifiesto en nuestro primer capítulo, las distintas legislaciones de derecho de autor pueden servir para coadyuvar a la realización de derechos fundamentales. Entre estos contamos a la libertad de expresión, el derecho a la información o el derecho a la educación. De la misma forma, sirven para avanzar fines que persigue el Estado, como el acceso y participación en la vida cultural de todos sus gobernados.

Para conseguir las finalidades de las que hablamos, a veces es necesario que la legislación establezca limitaciones a los derechos que protegen al autor y a su obra.

Dichos límites se establecen puesto que:

“Universalmente se ha reconocido que el derecho de autor, absoluto en principio, está sujeto a importantes limitaciones fundadas en razones superiores a la conveniencia de los particulares. En la actual concepción de tales limitaciones, también denominadas como supuestos de libre utilización, los intereses de la sociedad o de la colectividad siempre han estado presentes” (Caballero Leal, 2004:19).

La legislación establece estos límites de dos maneras: una, que podríamos llamar general, en cuanto a que delimita el objeto y el ámbito de protección de la legislación y el tiempo que esta protección dura; la otra, que llamaremos específica, son lo que se conoce como límites y excepciones, propiamente dichos, que limitan derechos de explotación específicos cuando se dan ciertas situaciones establecidas más o menos concretamente en la legislación.

### 3.1 Limitaciones generales a los derechos de autor: Objeto y temporalidad.

Los límites generales al derecho de autor, son, en cuanto al objeto de protección “*las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible...*” (art. 10 LPI). Como ya sabemos, esto quiere decir que la Ley solo otorga protección a lo que se considera como una obra y la misma establece las características que una creación debe de tener para ser considerada como tal.

Como sabemos, las ideas quedan fuera del ámbito de la protección. Varios ordenamientos jurídicos las excluyen expresamente. El Tratado de la ADPIC, art. 92 es un ejemplo de ello: “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.”

La LPI no menciona expresamente que las ideas no están protegidas por el derecho de autor, pero tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existe certeza de que esto es así:

“... (es) una posición común y prácticamente unánime en la doctrina... la propiedad intelectual no protege las ideas ni la información, cuya libre disponibilidad es esencial para el desarrollo del conocimiento social, cultural, económico y científico: no se puede permitir que el primero que descubra una idea o consiga una información detente frente a los demás monopolio de exclusiva, por mucha importancia y utilidad que tenga ese *descubrimiento* (esa idea o información, por mucho reconocimiento social que merezca)” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:52-53).

El límite al objeto de protección de la ley es claro: se protege la expresión original de ideas, es decir las obras, pero no las ideas mismas. La finalidad del legislador al establecer este límite es clara: es esencial que las ideas circulen libremente para garantizar el desarrollo cultural y científico, y por extensión económico y social.

El derecho de autor también se encuentra limitado en cuanto a su duración en el tiempo. Existe la conciencia de que no todos los derechos de autor pueden ser perpetuos. Es necesario que después de un cierto período de tiempo, estos tengan que extinguirse en aras del bien público. Por

ello, la totalidad de la legislación en la materia, tanto a nivel nacional como internacional, establece un plazo de duración para los derechos.

Para los que consideran al derecho de autor como un derecho de propiedad, por ejemplo, la temporalidad de estos derechos es uno de los motivos (junto con su inmaterialidad) para su consideración de especial y no ha faltado quien sugiera que dichos derechos, como derechos de propiedad, deberían de ser perpetuos. Dicho sea de paso, en nuestra opinión este es un motivo para rechazar que el derecho de autor debe de ser visto como algún tipo de propiedad.

La limitación en el tiempo del derecho de autor se puede fundamentar en lo siguiente:

“... las Leyes sobre propiedad intelectual se estructuran en torno al autor; que con frecuencia es un único sujeto, lo cual no significa que solo se proteja a este, sino que, como ya es sabido, también se protege la obra con el fin de garantizar el interés social de acceso a la cultura. De ahí que se limite la duración de los derechos patrimoniales del autor...” (de Román Pérez, 2003:522).

El límite del tiempo en la protección, como todo límite, busca el equilibrio entre los intereses del autor y los de la sociedad en general:

“A través de la protección que el derecho de autor concede al autor se promociona la cultura, propiciando la creación de obras, así como su difusión, propiciando así el enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad... Enriquecimiento cultural común a cambio de exclusiva de explotación... (Por un tiempo limitado)” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:22).

Louis Brandeis, Magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos subraya que es imprescindible que las obras sean protegidas por un tiempo limitado para que puedan pasar a formar parte del dominio público puesto que es necesario que el conocimiento, los conceptos y las ideas contenidas en las producciones humanas sean tan “libres como el aire para ser utilizadas en común” (*International News Service v. Associated Press*, 1918).

La limitación temporal de la protección suele afectar a los derechos patrimoniales pero generalmente no a los morales. Algunos, como el derecho de paternidad o el deber de respetar la integridad de la obra son perpetuos y no están sujetos a plazo alguno en la legislación española, que

obliga a su respeto incluso cuando se trata de obras que han pasado al dominio público (art. 41 LPI). A nivel internacional, el Convenio de Berna obliga a que ambos derechos sean mantenidos después de la muerte del autor, pero deja abierta la puerta a que se extingan cuando se extingan los derechos patrimoniales (art. 6bis), por lo que no necesariamente los derechos morales serán considerados como perpetuos en cualquier ordenamiento a nivel mundial.

De manera general, el derecho de autor encuentra su límite en el dominio público, ya sea porque hay cosas que no forman parte de su objeto de protección, como las ideas o conceptos, o porque la misma legislación, en aras del bien común, limita la duración de ciertos derechos específicos.

Las limitaciones generales al derecho de autor pueden ser expresadas a través de la siguiente imagen:

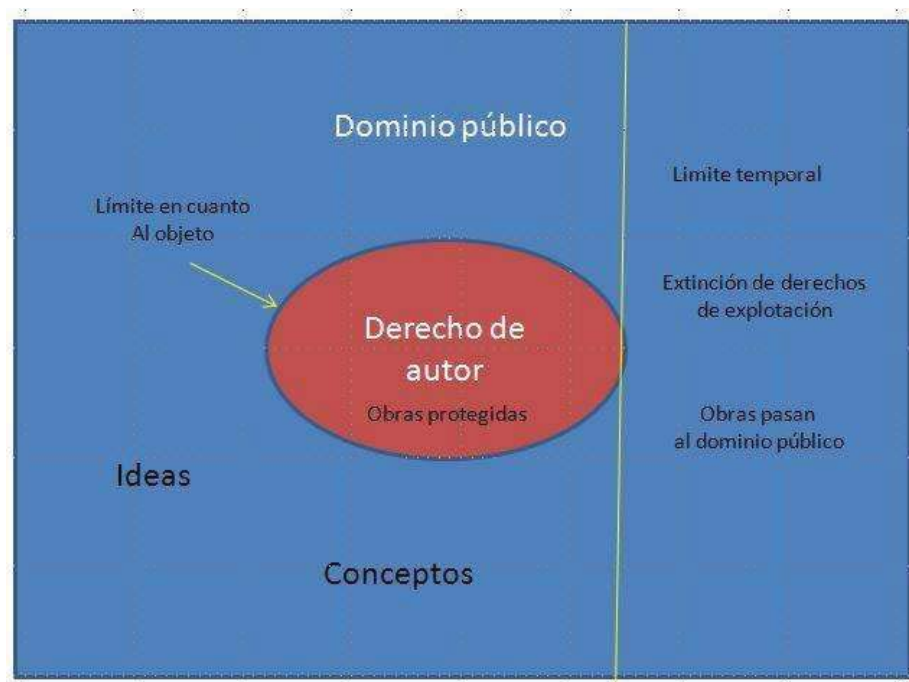


Ilustración 3.1 (Fuente: elaboración propia).

### 3.2 Límites a los derechos exclusivos.

Se dice que los límites a los derechos exclusivos del autor son necesarios por:

“...razones de política jurídica (que) aconsejan restringir el ámbito de poder que representan para su titular (los derechos exclusivos sobre la obra) en atención al sujeto pasivo de los mismos, o sea, atendiendo a los intereses de la colectividad” (Bondía Román, 2005:30).

Estos límites, a los cuales también hemos llamado específicos, se suelen justificar o bien por la defensa de los derechos fundamentales (libertad de expresión, derecho a la información, derecho a la intimidad), o por el interés público en procurar el acceso a la cultura y el derecho a la educación de los Ciudadanos (Fernández Molina y Chaves Guimarães, 2007).

Como ya hemos dicho, los límites sirven para ayudar a mantener un equilibrio entre diferentes intereses encontrados:

“Frente a la presión que causa en la sociedad el reconocimiento al autor de derechos exclusivos y absolutos de utilización económica de su obra, las excepciones y limitaciones del derecho de autor operan como una suerte de válvula de seguridad al instituir determinados casos en los que se puede utilizar la obra sin autorización y sin pagar remuneración, o sin autorización pero abonando una remuneración” (Asuaga, 2009:105).

Pero, al mismo tiempo, se puede interpretar que “el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y la libertad de información” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:97). Como en cualquier tipo de situación jurídica, es necesario limitar los derechos de uno para garantizar los derechos de otro, así que esta doble perspectiva acerca de “qué limita a qué” es hasta cierto punto, normal en el mundo jurídico.

Ya que el derecho de autor puede estorbar el disfrute de ciertos derechos fundamentales, la legislación se vale de establecer límites a algunos derechos que otorga a los autores y otros terceros para proteger dichos derechos fundamentales y defender el interés público (Fernández Molina, 2010:3).

El mismo Bercovitz (Loc. Cit.) apunta a que la forma en que se establecen los límites y excepciones es comparable con normas que protegen al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tal y como se establece en la Constitución y en la Ley Orgánica 1/1982. Para atender a las

necesidades de acceso a la información, a la libertad de expresión,; de acceso a la cultura y la ciencia; y de educación de los miembros de la sociedad, es necesario limitar a los derechos de autor.

Aunque los límites a los que nos referimos solamente recaen sobre los derechos económicos del autor y no afectan a los derechos morales, estos últimos se ven reflejados en los límites pues su respeto es un requisito esencial para poder ampararse en un límite. Tal es el caso de la exigencia de mencionar la fuente o identificar al autor que se exige, por ejemplo, en el límite de cita. La parodia es un ejemplo en donde el límite puede afectar al derecho exclusivo a la transformación de la obra, lo cual hace necesario que se respete el derecho a la integridad de la obra, mismo que también debe de ser respetado cuando se realiza una cita. La regla general es que para poder beneficiarse de un límite, la persona que se ampara en el mismo para realizar un uso sin autorización siempre deberá respetar los derechos morales del autor.

De acuerdo al motivo que justifica la existencia de cada uno de los límites, podríamos separarlos en tres categorías. Así, tenemos límites que buscan garantizar libertades fundamentales, límites encaminados a estimular el conocimiento y límites necesarios en los casos en que no es posible ejercer el derecho exclusivo sobre una obra, según la clasificación de Moreno Martínez (2011:394). La última de las categorías no la hemos mencionado hasta ahora.

Atendiendo a la clasificación propuesta por Moreno Martínez, podríamos agrupar a algunos de los límites más importantes de la siguiente manera:

<b>Finalidad del límite</b>	<b>Tipo de límite o excepción</b>
Respeto a las libertades fundamentales	Derecho de cita, parodia y usos por motivos informativos
Imposibilidad de ejercer derechos	Derecho de copia privada

exclusivos	
Estimular el conocimiento, la educación y la cultura en el seno de la sociedad	Límites en favor de bibliotecas o museos  Límites de ilustración a la enseñanza y para la investigación.

Tabla 3.1 (Elaboración propia).

Cabría apuntar que los límites de la tercera categoría, establecidos para estimular el conocimiento en la sociedad, también pueden ser considerados límites que garantizan libertades fundamentales pues acceso a la cultura y derecho a la educación son considerados como libertades fundamentales. Como hemos dicho además en el capítulo 1, el derecho de autor es coadyuvante en la garantía de ciertos derechos fundamentales, cosa que se hace tanto protegiendo al autor como estableciendo límites ciertos derechos patrimoniales.

Más adelante, al hablar de los límites específicos contenidos en la LPI española, volveremos a esta clasificación y agruparemos a todos los límites de acuerdo a la finalidad o finalidades perseguidas con su adopción.

### **3.3 Importancia de los límites para mantener el equilibrio de intereses ante la expansión de los derechos exclusivos del autor.**

Si seguimos la historia del desarrollo de la protección al derecho de autor, se observa que los derechos exclusivos otorgados a dichos autores se han ido expandiendo paulatinamente, pasando de la simple autorización de copias físicas, con el llamado derecho a imprimir en la legislación española del siglo XVIII, hasta la pléyade de derechos exclusivos que existen hoy en día.

Esta expansión también se ha dado en el ámbito del copyright norteamericano. De hecho, en todo el mundo, Estados Unidos y España incluidos, el ámbito de protección de los derechos de autor



se ha ido expandiendo a la par con la aparición de nuevos medios de difusión de las obras y los nuevos usos que las nuevas tecnologías permiten..

Dicha expansión ha ido aumentando de manera sostenida. Se ha pasado de únicamente regular la reproducción de las obras a regular su transformación, y de ahí, con la llegada de las nuevas tecnologías, cintas de audio y vídeo, formatos digitales, Internet, se ha pasado a regular el uso de obras en la esfera privada de las personas, tengan o no un fin comercial.

Se pasó de la defensa a un simple derecho de reproducción, al establecimiento de la protección de los derechos morales y luego de cada vez más derechos exclusivos de explotación como la distribución, la comunicación pública y puesta a disposición de público o la transformación.

Han surgido nuevos beneficiarios de los derechos, distintos de los autores. Ahora también se protegen derechos de artistas o de productores de fonogramas u obras audiovisuales y se otorgan prerrogativas a las entidades de radiodifusión o fabricantes de bases de datos.

Hoy en día, la protección incluye derechos de carácter exclusivamente económico como el derecho de participación, la compensación equitativa por copia privada o el derecho de remuneración por distribución o comunicación pública.

No solo se ha ampliado el ámbito de la protección. También el plazo de protección que se otorga sobre los derechos de explotación de las obras ha ido en aumento con el paso de los años desde la aparición de las primeras leyes en la materia.

En la imagen que reproducimos a continuación se pueden ver cuáles eran los plazos de protección en el año 1918:

I. PERPETUIDAD.

Guatemala, Méjico, Nicaragua y Venezuela.

II. DURACIÓN DESPUÉS DE MUERTO EL AUTOR.

Cinco años: Chile.

Diez años: Argentina y Rumania.

Veinte años: Haití, Liberia y Perú.

Veinticinco años: Salvador y Uruguay.

Treinta años: Alemania, Austria, Bolivia, China, República Dominicana, Japón, Suiza y Turquía.

Cuarenta años: Grecia (obras dramáticas).

Cincuenta años: Bélgica, Brasil, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia y Túnez.

Ochenta años: España, Colombia y Cuba.

III. A PARTIR DE LA PUBLICACIÓN.

Quince años: Grecia (excepto las obras dramáticas).

IV. SISTEMAS ESPECIALES.

*Estados Unidos*: Veintiocho años, a contar de la fecha de la primera publicación de la obra, y por otros veintiocho si se solicita la prórroga antes de que termine el último año del primer período.

*Inglaterra*: La vida del autor y cincuenta años después de su muerte; los veinticinco primeros en el dominio privativo de los derechohabientes del autor, y los otros veinticinco en el dominio público pagado (10 por 100 del precio fuerte).

*Italia*: Primer período: la vida del autor o un minimum de cuarenta años, a contar de la primera publicación; segundo período: cuarenta años en el dominio público pagado (5 por 100 del precio fuerte).

*Siam*: Siete años, a contar de la muerte del autor, o un minimum de cuarenta y dos, a contar desde que se adquirió el derecho.

Imagen 3.2 (Fuente: López Quiroga, 1918)

Existen casos extraordinarios como el de México, en el que el plazo de protección se ha visto disminuido, pues se ha pasado de una protección perpetua a un plazo determinado. Aún así, la legislación mexicana es hoy por hoy una de las que establecen uno de los plazos de protección más dilatados del mundo pues la misma dura toda la vida del autor más cien años después de su muerte, en la mayoría de los casos (art. 29 de la Ley Federal del derecho de autor mexicana).

En España, en 1918, la protección era de ochenta años más después de la muerte del autor, mismo que se redujo en la ya derogada Ley 22/1987 (art. 26) a la vida del autor más sesenta años. Sin embargo, en la legislación vigente la tendencia se revierte, y España se alinea con la tendencia mundial de aumentar el plazo de protección, que en la actualidad es, en general, setenta años después del fallecimiento del autor.

En Estados Unidos, en comparación con lo que establecía la legislación en 1918, se ha pasado de un período de protección de máximo cincuenta y seis años a toda la vida del autor más setenta años después de su muerte, según la Ley de Copyright vigente.

La imagen también nos muestra que otros países como Italia, Inglaterra, Brasil, Holanda, Bélgica, Francia, Portugal, Suecia, Brasil o Rusia también han aumentado su plazo. Casi todos los países han aumentado el tiempo de la protección pues son firmantes del Convenio de Berna, que en su artículo 7 obliga a sus miembros a establecer un plazo de protección de por lo menos toda la vida del autor y mínimo cincuenta años después de su muerte. En los círculos académicos es donde se suele criticar la extensión actual de los plazos, (Menand, 2014:88) y en general se considera que no existen motivos para una protección tan larga. En el capítulo 6 analizamos estas voces críticas con más detalle.

Además, gracias a la tecnología, y no solo como consecuencia de esta, la protección se ha hecho más férrea. Así como han aparecido medios tecnológicos y formatos digitales que permiten nuevas formas de difusión y de explotación de obras a través de Internet, también ha aparecido tecnología que permite el control sobre los usos de las obras, a veces sin distinguir si estos son comerciales o privados.

La gran capacidad técnica que existe en la actualidad:

“ha ampliado el ramillete de derechos de autor y otros derechos afines, y de otros sujetos titulares de los mismos... (y esto) “... ha venido a complicar el equilibrio y la disponibilidad de información libre al público” (García Sanz, 2005:45).

Por ejemplo, Fernández Molina (2002:12) apunta que en la actualidad, un profesor, investigador o alumno universitario tiene que superar cuatro capas o escollos para poder utilizar un contenido:

- El derecho de autor propiamente dicho. Es decir, si la ley efectivamente permite el uso que le quiere dar a un contenido protegido.

- Las medidas tecnológicas de protección. Por ejemplo las que impiden que clips de una película en DVD o *Blu Ray* puedan ser extraídas.
- La protección que la ley da a dichas medidas tecnológicas. Por ejemplo, las sanciones para quien fabrica el software que permite desactivarlas o esquivarlas.
- La legislación que permite que contratos de licencia, muy comunes hoy en día por ejemplo cuando se compra un *eBook*, establezcan las condiciones de uso de una obra, afectando incluso a los límites a los derechos exclusivos.

Creemos que esta situación, en la que la tecnología hace más fácil y barato que nunca hacer una copia o distribuir una obra pero que al mismo tiempo permite que se dé aún más control al autor y a los tenedores de derechos de explotación, la que hace, hoy más que nunca, que sea absolutamente necesario tener unos límites afinados al máximo, que permitan mantener el equilibrio entre los distintos intereses y permitan a la legislación en la materia alcanzar sus finalidades y ser fiel a sus objetivos.

El mismo Fernández Molina (Ibíd.:9) nos advierte que las medidas tecnológicas de protección existente “ponen en peligro la supervivencia de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor.” Este problema es reconocido por la mayoría de la doctrina del derecho de autor que hemos consultado, entre ellos García Sanz, Corredoira o Desantes en España, y muchos más a nivel internacional.

Plaza Penadés (2006:19) resalta la importancia y dificultad (en cuanto a la técnica legislativa) de encontrar el equilibrio a través de los límites en lo que respecta a las medidas tecnológicas de protección:

“...una protección deficiente, junto con un alto grado de inseguridad jurídica en materia de protección, podría suponer un freno injustificado para el desarrollo de los nuevos productos y servicios protegidos por derechos de autor y derechos afines...”

Por ejemplo, en el *Digital Millenium Copyright Act*, parte de la legislación del derecho de autor en Estados Unidos, existen medidas concretas que permiten eludir medidas de protección

tecnológica para así permitir que instituciones educativas y otros organismos, como las bibliotecas públicas puedan decidir si quieren o no adquirir una obra en concreto (pensemos en una película en DVD para su videoteca). Esto en principio parece bueno, pero en la doctrina existen serias dudas de que sea así y existe la pregunta de si las disposiciones legales en este sentido son realmente efectivas. Estudiamos esto con más detenimiento en el capítulo 5.

El ejemplo anterior nos ayuda a ilustrar que no solo es necesario que la legislación establezca límites a los derechos de autor, sino que también es fundamental que dichos límites sean efectivos y realmente permitan a la mayor cantidad de usuarios utilizar los contenidos. Deben realmente permitir los usos y beneficiar a la mayor cantidad de población posible.

Si aceptamos que la finalidad del derecho de autor es doble, es decir se busca proteger al autor y su obra pero también se busca promover el avance científico y cultural de la sociedad, entonces los límites adquieren una relevancia capital. Por un lado limitan los derechos de unos autores para dar espacio a otros a que disfruten de sus derechos y por el otro contribuyen a equilibrar la protección de tal manera que esta no impida el avance cultural y científico del que hablamos.

Unos límites adecuados permiten a la legislación realizar ambos fines. Los límites a los derechos de explotación permiten lograr el equilibrio necesario entre las partes implicadas: autores, terceros que explotan obras y ciudadanos en general. Como dicen Fernández Molina y Chaves Guimarães (2007), los límites buscan:

1. Preservar derechos fundamentales
2. Salvaguardar la competencia
3. Avanzar el interés público
4. Corregir imperfecciones en el mercado.

Feltrero Oreja (2003:146) resalta la importancia de adoptar límites en la legislación del derecho de autor:

“La valoración ética de la creación individual es, por tanto, inseparable de la posibilidad de apropiación social de esas obras. Diseñar mecanismos que recojan el justo equilibrio de ambos es el cometido de la legislación sobre propiedad intelectual.”

En el mismo sentido Rengifo García (2008:108):

“Si existe alguna institución verdaderamente razonable y tendiente a lograr un justo equilibrio entre los derechos exclusivos... y la sociedad es precisamente la institución de los límites y excepciones al derecho de autor en la medida en que ellos buscan que por ciertas y precisas razones de cultura e información se pueda usar la obra, sin autorización de su titular.”

Como vemos, los límites son de capital importancia para garantizar el interés general de la sociedad con respecto de las creaciones del intelecto. Creemos que es especialmente importante la forma de interpretar y aplicar dichos límites.

### **3.4 Límites, excepciones o límites y excepciones.**

La mayoría de los autores no se preocupan por definir los términos *límite* o *excepción* y al igual que el legislador, utilizan ambos juntos, utilizando “límites y excepciones” casi como una frase hecha; o bien se decantan por uno de los dos sin ofrecer mayores explicaciones y consideran que ambos términos son intercambiables.

Pese a lo anterior, nos parece interesante estudiar si alguna de las acepciones es más adecuada que la otra y si esto tiene alguna implicación en la interpretación y aplicación que se hace de los límites al derecho de autor.

En la doctrina española en concreto, ambos términos se utilizan por igual. Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:96-109) por ejemplo, engloba todo lo establecido en los artículos 31 y siguientes bajo el título “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos.” Sin embargo, más adelante el autor utiliza el término *excepciones* intercambiándolo con *límites*, o bien, se refiere a los mismos como *límites o excepciones*.

Entre los autores no existe consenso sobre qué término es el más apropiado, pero tampoco se suelen detener en ello. Corredoira (2012) parece preferir el término límites pero no se pronuncia en favor de uno u otro. García Sanz (2005) suele utilizar ambos términos por igual. En general, parece ser que se prefiere la palabra *límite* aunque no parece haber ningún problema por utilizar *excepción* o por utilizar ambos a la vez.

Lo anterior es entendible pues la misma LPI utiliza *límites* o *excepciones* por igual. En los arts. 31 a 40*bis* LPI se suele referir a ellos como límites, lo mismo que en el art. 161. Sin embargo, en el art. 100 LPI utiliza el término *excepción* para referirse a uno de los límites a los derechos de explotación sobre programas de ordenador.

En la legislación internacional, el Convenio de Berna prefiere se refiere a “casos de libre utilización de obras” en su artículo 10, aunque al establecer la llamada regla de los tres pasos en su artículo 9 hace referencia a las “posibles excepciones” al derecho de reproducción.

El Tratado de la ADPIC les llama “límites y excepciones” (art. 13) mientras que en Europa, la Directiva 2001/29/CE opta por llamarles “excepciones y límites (art. 5).

Como vemos, ni doctrina ni legislación parecen darle mayor importancia y utilizan ambos términos por igual. El mismo autor de esta tesis ha optado por utilizar indistintamente ambos términos. Ver Cetina Presuel y Corredoira (2011).

Aún así, existen algunos autores que ven importante utilizar un término en lugar de otro, apuntando que tiene importancia a la hora de interpretar la legislación restrictivamente o no.

Para Christie, (2011:5) los límites son restricciones generales en el ámbito del régimen de propiedad intelectual y como tales delimitan el objeto de la protección establecida por la legislación (obras, pero no ideas, como decíamos antes), el tipo de derechos exclusivos que se otorgan sobre lo que se protege y la duración de estos derechos exclusivos, es decir el término de la protección. Para

este autor entonces, el término límites coincide con las limitaciones generales al derecho de autor a las que ya nos hemos referido.

Para el mismo autor (Loc. Cit.) las excepciones son más específicas que los límites pues lo que hacen es eximir de responsabilidad por infracción a los derechos de autor a quienes utilizan las obras de una cierta manera. De no ser por la excepción, dichos usos serían exclusivos para el tenedor de los derechos. Con esto, el autor pretende referirse a limitaciones específicas.

Según el autor citado, cuando hablamos de límites y excepciones hablamos de lo siguiente:

<b>Límites al derecho de autor</b>	<p>El objeto de la protección</p> <p>Derechos exclusivos sobre lo que se protege</p> <p>Termino de la protección</p>
<b>Excepciones al derecho de autor</b>	<p>Lo que la legislación suele llamar propiamente límites o excepciones: derecho de cita, copia privada, etc. La defensa del <i>Fair Use</i> en el derecho del copyright.</p>

Tabla 3.2 (Elaboración propia).

Geiger (2010:521) opina que hablar de “excepción” implica hablar de una jerarquía. Es decir, hablar de excepciones implica aceptar que el derecho exclusivo que tiene el autor para la explotación de su obra está por encima de los derechos de los usuarios para hacer uso de dichas obras en ciertos casos. Para este autor, una excepción es “una isla en un mar de exclusividad” y un límite equivale a que el derecho exclusivo del autor es “una isla en un mar de libertad.”



En otras palabras, un límite es la frontera de la exclusividad en donde más allá de dicha frontera el derecho exclusivo no existe.

Los casos de libre utilización de obras no deben de ser vistos como meras “excepciones”, es decir casos específicos en se exime al usuario de responsabilidad por infringir los derechos exclusivos de terceros al utilizar sus obras. En cambio, conviene concebirlos como verdaderos “límites”, es decir, tecnicismos legales que determinan el alcance en la protección del derecho de autor.

Lo único que caería dentro de la categoría excepción serían casos concretos en donde el derecho exclusivo existe, pero no se castiga la infracción porque así lo ha considerado pertinente la autoridad (Geiger, Loc. Cit.).

Como excepción podríamos clasificar a la doctrina del *fair use* entendida como una defensa jurídica, oponible en una demanda por infracción al derecho de autor. Esto quiere decir que las excepciones solo se aplicarían de manera individual y caso por caso: quien hace uso de una obra con derechos exclusivos tiene que probar que debe hacerse una excepción en su caso.

El *fair use* es “una excepción al copyright, o más precisamente, un test para determinar si la utilización, sin la autorización del tenedor de los derechos, de un contenido protegido... constituye una infracción del copyright” (Gervais, 2005:28). Analizamos a detalle la doctrina del *fair use* en el capítulo 6.

En cambio, cuando hablamos de límites no solo hablamos de la duración del plazo de protección o de lo que entra o no dentro del ámbito de protección. También nos referimos a los casos específicos (es decir, las limitaciones enumeradas en la legislación) en donde se puede hacer uso de los contenidos porque son situaciones en donde la protección del derecho exclusivos no es aplicable. Así, el derecho de cita es un límite, al igual que lo es el vencimiento del plazo de

protección que hace que las obras pasen al dominio público. En ambos casos, las obras podrán ser utilizadas libremente.

Como bien dice Sun (2007:268) “...la creación de límites... es un proceso legal altamente dinámico que encargan una multitud de valores económicos sociales, culturales y políticos” y esto se debe, a que las leyes del derecho de autor están limitadas en cuanto a su naturaleza y debido a que su fin último es servir al bien común. El autor dice lo anterior respecto del copyright pero es algo que bien podemos aplicar a nuestro derecho de autor.

Siguiendo lo dicho por Geiger, en contraste con Christie, los límites y excepciones pueden agruparse de la siguiente forma:

<b>Límites al derecho de autor</b>	El objeto de la protección  Derechos exclusivos sobre lo que se protege  Termino de la protección  Derecho de cita, copia privada, etc.
<b>Excepciones al derecho de autor</b>	La defensa del <i>fair use</i>

Tabla 3.3 (Fuente: elaboración propia).

En base a esto, una excepción equivaldría a la siguiente ilustración:



Ilustración 3.2 (Fuente: elaboración propia).

Y un límite podría representarse como sigue:



Ilustración 3.3 (Fuente: elaboración propia).

Para Geiger (2010:520-524) la diferencia es capital porque los límites, entendidos de esta manera, definen espacios de libertad y a través de estos espacios de libertad es como se pueden proteger valores constitucionales como la libertad de expresión o la libertad de información. Las interpretaciones sesgadas de la legislación solo pueden justificarse si se considera que los casos de libre utilización son meras excepciones a un derecho exclusivo del autor.

El panorama que pinta Geiger, en donde se habla de la legislación como una isla de exclusividad en un mar de libertad, podría ilustrarse al completo de la siguiente manera:



Ilustración 3.4 (Fuente: elaboración propia).

En resumen, una *excepción* determina que en un caso concreto, una persona no es responsable de haber infringido los derechos de propiedad intelectual del tenedor de los mismos y; un *límite* viene a significar que el derecho de autor acaba después de dicho límite, que delimita una de sus fronteras, y el uso que se puede hacer de un contenido, sobrepasado dicho límite, es libre.

La mayoría de la doctrina, y ciertamente la legislación, no parecen detenerse mucho con el tema, pues al final, a los tecnicismos legales se les termina definiendo en función de lo que el legislador pretende expresar y si la doctrina y la misma legislación aclaran cual es la finalidad que persiguen con lo plasmado en la Ley quizás esto no tenga mayor importancia.

Pese a lo anterior, consideramos que, si abogamos por una interpretación más amplia y flexible de las limitaciones al derecho de autor, el utilizar el término *límites* es lo más beneficioso para estos fines, por ello hemos decidido utilizar dicho término para referirnos a los casos específicos de libre utilización de obras previstos en la legislación, como ya se podrá adivinar por el uso que le hemos venido dando a lo largo de este trabajo.

El mismo término será utilizado para hablar de los límites en el ámbito de la protección y en el plazo de la misma, y para diferenciar unos de otros, como ya hemos hecho, nombraremos a estos límites generales y a los otros como límites específicos o también límites a los derechos exclusivos que es un término que se suele utilizar.

### **3.5 Los límites en la legislación internacional.**

A continuación analizamos legislaciones específicas tanto a nivel nacional como internacional en busca de los límites específicos establecidos en estas legislaciones, aunque no nos detendremos a analizar todos y cada uno a detalle. Nuestra intención es comparar cuantitativamente los límites establecidos en la legislación española en comparación con las leyes y Tratados Internacionales en la materia, aunque también, el breve análisis nos permitirá obtener algunas conclusiones cualitativas respecto de la flexibilidad de los límites adoptados en los distintos ordenamientos.

En el capítulo 4 nos detendremos a analizar a detalle los límites establecidos que afecten a la enseñanza e investigación universitaria existentes en la legislación internacional, europea y española. El análisis de estos límites, que consideramos de particular importancia, puesto que nos parece que tienen la relación más estrecha con las libertades fundamentales y el interés general, también nos permitirá sacar conclusiones sobre todo el conjunto de límites específicos al derecho de los autores.

Abordaremos primero el tema de los límites en el derecho internacional ya que para estudiar la regulación de cualquier Estado en materia de derechos de autor, es pertinente estudiar primero la normativa internacional reguladora de la materia pues la misma establece unos parámetros mínimos de protección que las legislaciones nacionales deben otorgar a autores y terceros tenedores de derechos.

El derecho convencional internacional se aplica a un gran número de países y esto implica que la protección de los derechos que se reconocen a autores y otros titulares de los mismos en los instrumentos internacionales es bastante uniforme aunque aún así puede presentar importantes diferencias. Más que existir uniformidad en este momento, podemos decir que hay una tendencia hacia la misma y que los instrumentos internacionales centran sus esfuerzos en establecer unos mínimos de protección.

Lo anterior implica que los límites a los derechos exclusivos están regulados en los instrumentos de derecho internacional que suelen contener límites de adopción obligatoria para sus miembros en combinación con otros que son de adopción facultativa. Esto genera que todos los países hayan adoptado algunos límites, los obligatorios por supuesto, pero también algunos facultativos que la gran mayoría suelen reconocer como importantes, pero al mismo tiempo hace que se presenten grandes diferencias en cuanto a la adopción de la mayoría de los límites facultativos.

Ahora bien, en cuanto a lo flexibles, inclusivos y amplios que son los límites los países presentan grandes diferencias, así como respecto de su interpretación y aplicación.

Los Tratados Internacionales también contienen normas que rigen la posible adopción de los distintos límites por parte de sus miembros, en particular la llamada regla de los tres pasos, que como veremos no se aplica de manera uniforme en lo absoluto y ni siquiera se tiene una concepción uniforme en cuanto a su papel. Desde el Convenio de Berna por ejemplo, no existe duda de que se trata de una norma dirigida a los legisladores nacionales, pero en los distintos países, y en el ámbito europeo existen varias interpretaciones, incluidas las que consideran que la regla rige la forma en que se aplica cada uno de los límites. En el capítulo 5 estudiaremos la regla de los tres pasos con más detalle.

Para nuestro estudio de los límites y especialmente respecto de los límites que tocan a la enseñanza e investigación en el ámbito universitario, hemos considerado que los siguientes textos legales de derecho internacional deben analizarse:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de Roma, de 1961.
- Convenio de Ginebra, de 1971, para la Protección de los Productores de Fonogramas

contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas.

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (Acuerdo ADPIC) de 1994.
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996.

En el apartado correspondiente estudiamos las Directivas Europeas en la materia y en su momento señalaremos cuáles forman parte del presente estudio.

### **3.5.1 Los límites en el Convenio de Berna.**

Desde su aparición, el Convenio de Berna ha contenido provisiones respecto de límites y excepciones a los derechos exclusivos. Mención aparte merece la prueba de los tres pasos contenida en el artículo 9.2) (que no fue introducida hasta la Convención de París de 1971), la cual analizamos como ya hemos dicho, en nuestro quinto capítulo.

Con respecto de los límites a la protección de derechos exclusivos la Convención de Berna establece lo siguiente:

#### **3.5.1.1 La protección de textos oficiales.**

Respecto de la protección de textos oficiales, el artículo 2.4) deja a los Estados la facultad de legislar a nivel doméstico si dichos textos deben de recibir algún tipo de protección y en qué grado deben de ser protegidos:

*“Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.”*

El Convenio de Berna permite a los Estados decidir si los textos oficiales forman parte del dominio público, dejándolos así fuera del ámbito de la protección (lo cual equivaldría a establecer una limitación general, en base a lo que ya hemos expuesto); pero también les permite optar por otorgar una protección total o parcial si así lo consideran.

Lo que los distintos países legislen a este respecto tiene implicaciones respecto de la protección del derecho a la información, aunque como veremos existen otros límites encaminados específicamente a beneficiar a la prensa. De esta manera, un país que decida ser restrictivo y otorgar una alta protección a sus textos oficiales podrá compensarlo con otros límites establecidos en beneficio de las actividades informativas.

### **3.5.1.2 Límites relacionados con el derecho a la información y la prensa.**

Respecto de los límites relacionados con el derecho a la información y la prensa, el Convenio deja fuera del ámbito de su protección a las noticias y sucesos de actualidad, estableciendo en el art. 2.8) que: *“la protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tenga el carácter de simples informaciones de prensa.”*

Se puede pensar que las noticias del día no son protegidas por tratarse de simples hechos y por lo tanto no alcanzan un grado de originalidad suficiente aunque otros autores dicen que las mismas son excluidas de la protección a causa de su valor informativo:

“Existen luego diversas legislaciones que excluyen de la protección del derecho de autor las noticias del día o informaciones de prensa, no porque carezcan de originalidad, sino porque una vez transmitidas deben tener libre difusión, y, por lo tanto, se podría interponer la propiedad literaria y artística” (Colombet, 1997:23).

Lo importante es saber que lo que se pretende que circule libremente son los hechos contenidos en las noticias y no la particular expresión de las mismas, pues como sabemos el estar informado es un derecho de toda persona.

Aunque el texto del artículo no lo deja claro, sabemos que existe una clara diferencia entre los simples hechos noticiosos del día a día y otros tipos de artículos periodísticos que sí gozan de protección. Como el derecho a la información debe de ser protegido, otros límites como el de cita, que suele establecer límites que permiten el uso de por lo menos partes de artículos periodísticos, entran en juego y son importantes para la protección del derecho fundamental del que hablamos.



### **3.5.1.3 Limitación en la protección de ciertos discursos y conferencias.**

El artículo 2bis (1) reserva a los estados el decidir si excluye, parcial o totalmente de la protección que se otorga a las obras literarias y artísticas a “*discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales*”.

El 2bis (2) da a los estados la facultad de limitar los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública de “conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público...cuando la utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue.”

Los países firmantes pueden optar por dejar fuera del ámbito de protección a estos tipos de obras en aras del interés público aunque eso sí, obliga a proteger los derechos exclusivos de los autores sobre las colecciones de sus discursos y conferencias.

### **3.5.1.4 Otras posibilidades de libre utilización de obras.**

El artículo 10bis 1:

*“reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente.”*

El mismo artículo establece la necesidad de mencionar la fuente, dejando en manos de los países las sanciones para quienes incumplan con esta obligación y parece que se trata de un artículo facultativo y esto quiere decir que los países pueden restringir aún más estos usos o prohibirlos totalmente.

De la misma manera, el art. 10bis 2 deja a los países de la Unión la facultad para:

*“establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles*

*al público en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vista u oídas en el curso del acontecimiento.”*

A juzgar por la redacción del artículo esta limitación no es obligatoria y es una facultad de los Estados el elegir establecer este límite.

Aunque Berna tilda a estos límites como “otras” utilizaciones de obras protegidas, claramente establece estos en beneficio de la prensa con el fin claro contribuir a garantizar el derecho a la información.

### **3.5.1.5 Límites de cita y de ilustración de la enseñanza.**

Como se puede apreciar hemos invertido el orden entre el artículo anterior y este prefiriendo mencionar al 10.1 ahora pues compete a los límites que analizaremos más a fondo en este trabajo.

El artículo 10.1 establece que:

*“son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”*

Parece inequívoco a juzgar por la redacción que otorgar el derecho de cita sobre las obras protegidas es obligatorio para todos los países que forman parte de Berna. Aunque como vemos no se define en qué consiste una cita ni se establece cuanto debe durar, y se opta por el silencio respecto de los derechos exclusivos que deben verse afectados o sobre los beneficiarios los que el límite va dirigido.

Lo anterior hace que este límite sea amplio y flexible pues no utiliza terminología que circunscriba el mismo a usos específicos o a ciertos beneficiarios, optando por ser un límite dirigido a los ciudadanos en general. No nos detendremos ahora estudiar con detalle este límite puesto que eso lo hacemos en el capítulo siguiente.

El límite establece ciertas obligaciones que deberán ser impuestas a todo aquel que desee ampararse en el mismo para hacer una utilización: la cita deberá de ser de acuerdo a “usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.” No nos detendremos ahora estudiar con detalle este límite puesto que eso lo hacemos en el capítulo siguiente.

Con respecto de la ilustración de la enseñanza el artículo 10.2 del Convenio de Berna establece que:

*“se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”*

El Convenio también evita dirigir este límite a beneficiarios demasiado específicos y deja amplias facultades a las legislaciones nacionales para definir la forma en que debe implementarlo permitiendo a los países decidir la forma en que lo adoptarán siempre y cuando se circunscriban a ciertas reglas mínimas como el que la utilización permitida debe ser “*en la medida justificada por el fin perseguido*”, “*a título de ilustración de la enseñanza*” y “*conforme a los usos honrados.*” En el capítulo siguiente analizaremos a detalle qué implica cada uno de estos requerimientos.

Los dos límites contenidos en el art. 10 del Convenio de Berna establece que deberán mencionarse tanto la fuente como el autor de las obras utilizadas, con lo que se impone la obligación de respetar el derecho moral de atribución tal y como lo establece el art. 10.3: “*las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.*”

### **3.5.1.6 Los límites al derecho de reproducción y la regla de los tres pasos.**

De nuevo nos permitidos saltarnos el orden de los artículos del Convenio y hablar de del artículo 9 en el orden en que lo hacemos en esta tesis puesto que tratamos el contenido de este artículo en nuestro capítulo 5.

El artículo 9.2 es uno de los estudiados del Convenio de Berna pues es el que contiene la mencionada regla de los tres pasos. En el caso de este Convenio se trata de un límite general al derecho de reproducción.

Una parte sustancial de este trabajo está dedicada a esta regla de los tres pasos por lo que en este momento simplemente reproducimos el texto que consagra “posibles excepciones” al “derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (art. 9.1). Además, el artículo hace la precisión de que toda grabación visual o sonora equivale a una reproducción (art. 9.3).

El 9.2 es el que establece la regla de los tres pasos y:

*“reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

### **3.5.1.7 Otros límites y disposiciones.**

El Convenio de Berna aduce a ciertos límites contenidos de manera implícita dentro del mismo y que por tanto pueden ser implementados en las legislaciones nacionales sin entrar en conflicto con este. Los límites implícitos se relacionan con los derechos exclusivos que recaen sobre interpretaciones, retransmisiones y grabaciones; y sobre obras cinematográficas y traducciones. A estos se les suele conocer como *excepciones menores* pues se ajustan a la conocida como doctrina de *minimis*.

En los artículos 11 y siguientes se da a los países miembros la posibilidad de establecer licencias obligatorias respecto de las grabaciones de obras musicales (art. 13) o respecto de los derechos de radiodifusión (art. 11*bis*).

El artículo 11*bis* 3 establece la facultad de establecer excepciones que permitan las “grabaciones efímeras” con fines de radiodifusión, estableciendo además que los países podrán regular la preservación de dichas grabaciones en “archivos oficiales” y siempre y cuando las grabaciones tengan un “excepcional carácter de documentación.”

El artículo 17 del Convenio reconoce la potestad de los Miembros de, en casos particulares, limitar los derechos de sus ciudadanos por razón del mantenimiento del orden público. Es decir, el Convenio de Berna no limita la facultad de los Estados Miembros ejercer la censura “mediante medidas legislativas o de política interior” para “permitir, vigilar o prohibir... la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción...”

En el Anexo del convenio se establecen ciertas facultades para establecer límites a los países en desarrollo. Estos incluyen límites al derecho de traducción (Artículo II) y límites al derecho de reproducción (Artículo III) dando facultades a los Estados para establecer licencias obligatorias y estableciendo en dicho Anexo todas las condiciones para esto.

### **3.5.2 Límites en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma de 1961).**

Esta Convención, firmada en Roma en 1961, toca específicamente a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes, a los organismos de radiodifusión y a los derechos de los productores de fonogramas faculta en su artículo 15.1 a los Estados Contratantes para establecer en sus legislaciones nacionales “excepciones a la protección concedida por la presente Convención” en los casos siguientes:

- (a) “Cuando se trate de una utilización para uso privado;
- (b) Cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
- (c) Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;
- (d) Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.”

Para saber cuál sería el alcance del límite con fines docentes o de investigación científica nos podemos remitir al artículo 15.2 que dice que los derechos concedidos a los sujetos de esta Convención podrán estar sujetos a limitaciones “*de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto de la protección del derecho de autor sobre obras literarias y artísticas.*” Esto quiere decir que en el caso de España, tendríamos que mirar al artículo 32 LPI para interpretar cual es este alcance.

### **3.5.3 Los límites en el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convenio de Ginebra de 1971).**

A pesar de que la Convención de Roma de 1961 ya hablaba sobre los límites con respecto de los productores de fonogramas, este convenio, administrado por la OMPI y que entró en vigor en 1971 establece en su artículo 6 la facultad de todos los Estados contratantes para establecer en sus respectivas legislaciones nacionales “*limitaciones con respecto a la protección de productores de fonogramas, de la misma naturaleza que aquellas previstas para la protección de los autores de obras literarias y artísticas.*”

De la lectura de este artículo se desprende que los derechos de los productores de fonogramas se afectan por el derecho de cita e ilustración de la enseñanza contenidos en el artículo 10 del Convenio de Berna o por el artículo 32 de la LPI española, por ejemplo.

Se confirma la excepción a los derechos exclusivos de los productores de este tipo de obras pues el mismo artículo 6 establece que entre las condiciones para establecer licencias obligatorias está “a) *que la reproducción esté destinada al uso exclusivo de la enseñanza o de la investigación científica.*”

El citado artículo 6 establece la posibilidad de establecer licencias obligatorias en beneficio de la enseñanza o la investigación que sean válidas solamente en el territorio del Estado que las establezca, y que permitan el uso de fonogramas siempre y cuando se establezca una remuneración “adecuada” fijada por autoridad competente.

#### **3.5.4 Los límites en el Acuerdo ADPIC de 1994.**

Este Acuerdo contiene disposiciones en materia de derecho de autor que son de obligado cumplimiento para los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, la cual administra la aplicación de este tratado.

Resaltaremos que este Acuerdo limita la protección del derecho de autor y los derechos conexos a “las expresiones pero no (a) las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí” (art. 9.2). El Acuerdo ADPIC contiene por primera vez de manera explícita el hecho de que se protege la expresión, pero no las ideas, como ya hemos dicho anteriormente y es de resaltar pues esta limitación general expresada explícitamente afecta al derecho interno de sus países miembros, entre ellos España.

El artículo 9.1 ADPIC establece que:

*“los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo.”*

Como dijimos líneas arriba, este acuerdo es de obligado cumplimiento para los países que quieren ser miembros de la OMC, y entre las exigencias del mismo está el que los países miembros

de esta organización cumplan con lo dispuesto en la Convención de Berna, exceptuando la obligación de reconocer y proteger los derechos morales establecida en dicha Convención.

La no aplicación de los derechos reconocidos por el artículo 6bis quiere decir que este acuerdo, de índole comercial, pretende no afectar las disposiciones en materia de derechos morales ya establecidas en las legislaciones nacionales y al mismo tiempo, deja claro que no pretende imponer como obligatorio el reconocimiento de los derechos morales en los países donde no se reconocen o bien solo se reconocen parcialmente.

Con respecto de los límites y excepciones, lo dispuesto en el artículo 9.1 implica que todos los miembros de ADPIC podrán aplicar los límites y excepciones contenidos en el Convenio de Berna y que enumeramos ya. Estos se aplican en la misma forma en que se aplican en Berna, es decir, algunos son de aplicación obligatoria, pudiendo los Estados en ciertos casos establecer las particularidades de su aplicación y otros son límites que los Estados pueden o no pueden adoptar.

Pero, lo más importante con respecto de los límites y excepciones de este Acuerdo es lo establecido en el artículo 13, que es una versión modificada del texto de Berna sobre la regla de los tres pasos.

El texto del mencionado artículo 13 dice a la letra:

*“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

Más adelante desgranamos el contenido de este artículo y sus implicaciones para los límites a los derechos exclusivos al derecho de autor y sus implicaciones para la cita y la ilustración a la enseñanza, en particular cuando analizamos esta regla de los tres pasos.

Sin embargo, apuntamos de una vez que primero, el texto de la ADPIC extiende la aplicación de la regla de los tres pasos a todos los límites y excepciones contenidos en el Convenio de Berna, es decir, es aquí donde se convierte en un criterio para la adopción de límites en las legislaciones



nacionales y deja de ser un límite general al derecho de reproducción como se había establecido en Berna.

Se entiende entonces que cuando el artículo 9.1 dice que el contenido de los artículos 1 al 21 de Berna son de aplicación para los miembros de la ADPIC, y el artículo 13 habla de “*limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos*”, se está hablando de que la regla de los tres pasos se aplica a todos los límites y excepciones establecidos en Berna. Se expande así la aplicación de la regla de los tres pasos a todos los derechos de explotación y no solo al de reproducción.

El uso del verbo “circunscribir” (los límites y excepciones) como se utiliza en este acuerdo, “apunta a una actitud hostil hacia las excepciones y limitaciones al derecho de autor” (MacQueen *et al*, 2011:42).

Como aparece en el Acuerdo ADPIC, la regla de los tres pasos sirve para establecer la validez de los límites que pretenden adoptar las legislaciones nacionales, pero el legislador tendrá que cumplir con ciertos requisitos que con este Acuerdo se han visto endurecidos.

### **3.5.5 Los límites en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor.**

Según su propio Preámbulo, este tratado nace por la necesidad de:

*“introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos...”*

Lo anterior con respecto de las obras literarias y artísticas. El Tratado incorpora como obligatorias todas las disposiciones comprendidas en los artículos 1 al 21 y Anexo del Convenio de Berna, incluido el artículo 6bis referente a los derechos morales, a diferencia del Acuerdo de la ADPIC que los deja fuera de su contenido.

El tratado, administrado por la OMPI, establece en su Preámbulo que el mismo responde “*al profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y*

*comunicación*” con respecto de las obras literarias y artísticas y es un complemento al Convenio de Berna.

El artículo 10 del Tratado hace referencia los límites al derecho de autor, reiterando, al igual que todos los Tratados Internacionales que hemos mencionado anteriormente, la facultad dejada a los legisladores nacionales para prever límites o excepciones a los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, pero restringiendo la adopción de estos límites a que cumplan con los criterios establecidos en la prueba de los tres pasos (art. 10.1 del Tratado de la OMPI).

Se establece inequívocamente que la regla de los tres pasos tiene la función de restringir el accionar de los legisladores en cuanto a los límites que se propongan incluir en sus legislaciones locales.

El artículo 10.2 establece que las Partes Contratantes *“restringirán cualquier limitación o excepción impuesto a los derechos previstos (en el Convenio de Berna) a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio a los intereses legítimos del autor.”*

Utilizando un vocabulario similar al acuerdo ADPIC, establece entonces que los límites y excepciones establecidos en Berna tendrán que ajustarse a la mencionada regla de los tres pasos, extendiendo así este parámetro a todo tipo de límites y excepciones y no solamente a los límites al derecho de reproducción.

Tal y como dice su Preámbulo, el Tratado tiene entre sus objetivos adaptar las disposiciones en materia de protección de obras literarias y artísticas a los cambios propiciados por los avances tecnológicos. Por eso, en su Declaración concertada respecto de este artículo 10, establece que lo dispuesto *“permite a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”* las cuales deberán cumplir con la regla de los tres pasos como es de esperarse.

### 3.5.6 Límites en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

Este Tratado de la OMPI es a la Convención de Roma de 1961 lo que el Tratado de Derecho de Autor de la misma OMPI es al Convenio de Berna. Esto quiere decir, como dice su preámbulo, que también pretende adaptar el derecho de autor al impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en este caso, sobre la protección de los derechos de intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas.

Entre otras cosas este Tratado abunda sobre las definiciones de conceptos como artistas intérpretes o ejecutantes (añadiendo protección para quien ejecute o interprete “*expresiones de folclore*”, definiendo lo que es la fijación y la radiodifusión de fonogramas y diferenciando la puesta a disposición del público de la comunicación pública de un fonograma (art. 2 de este Tratado).

En el artículo 5 se establecen los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes y en el artículo 6, los derechos patrimoniales de estos respecto de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Con respecto de los límites y excepciones, ya dijimos que este Convenio se relaciona con la Convención de Roma en esta materia, de la misma manera que el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor se relaciona con el Convenio de Berna y establece entonces, en su artículo 16 con respecto de los límites y excepciones a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas lo siguiente:

*“(1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.*

*(2) Las partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.”*

Lo establecido en la declaración concertada relativa al artículo 10 (sobre Límites y Excepciones) del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor se adopta *mutatis mutandis* en este otro Tratado según se desprende de su Declaración concertada 17. Esto permite establecer límites y excepciones en las legislaciones nacionales que se adapten al entorno digital.

En base a lo anterior podemos interpretar que aunque no se menciona la regla de los tres pasos, la misma debe aplicarse a la adopción de límites y excepciones respecto de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

Como podemos ver, en todos los tratados que hemos mencionado y analizado, aunque brevemente, ha habido un intento de homogeneizar la protección a nivel internacional pero al mismo tiempo, parece haber un endurecimiento en las condiciones para establecer límites a los derechos económicos y en la flexibilidad con que estos pueden ser interpretados para permitir ciertos usos no autorizados, sobre todo en cuanto a la manera en que se concibe la regla de los tres pasos.

### **3.6 Los límites en el Derecho de la Unión Europea.**

Los países de tradición continental, tal es el caso español, suelen optar por establecer listas cerradas de límites permitidos dentro del ámbito nacional.

Los sistemas jurídicos del Derecho continental europeo, debido a que tradicionalmente se han mantenido cercanos y se han influenciado unos a otros, en mayor o menor medida, han venido adoptando disposiciones similares en cuanto a los límites a derechos exclusivos permitidos.

Desde el nacimiento de la Unión Europea hasta la fecha se ha dado un gran esfuerzo de armonización de las legislaciones nacionales de los distintos países miembros y el caso de los límites y excepciones al derecho de autor, no ha sido, valga la redundancia, la excepción a la regla.

Los esfuerzos de homogenización de la legislación se han dado más intensamente en algunas ramas del derecho que en otras: “... desde la entrada de España en la CEE en 1986 hasta 2007, el

porcentaje de legislación europeizada ha aumentado de forma progresiva, (y) las cuestiones relativas al mercado único y el medio ambiente son las más europeizadas...” (Palau, 2012:69).

Como parte de esos esfuerzos por unificar el mercado interior y procurar legislación que asegure su buen funcionamiento se ha considerado que armonizar el derecho de autor es una meta deseable. Así lo ha manifestado la misma Unión Europea:

*“...las disparidades existentes entre los regímenes de los Estados miembros por los que respecta a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y no permiten garantizar que los derechos de propiedad intelectual disfruten de un nivel de protección equivalente...”* (Considerando (8) de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual).

El mismo Considerando (8) de la Directiva citada establece que las disparidades en la legislación conducen al debilitamiento del derecho de propiedad intelectual y a la fragmentación del mercado interior, lo que lleva a lesionar a la innovación y la creación debido a la reducción de inversiones. Finalmente, afirma que la armonización en materia de derechos de autor es *“condición esencial para el buen funcionamiento del mercado interior.”*

Entre los esfuerzos legislativos por armonizar las disposiciones relativas al derecho de autor en Europa podemos mencionar a las siguientes Directivas, de especial interés en materia de límites a los derechos exclusivos:

- Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos. (Traspuesta al Derecho español por la Ley 5/1998).
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta es la llamada Directiva de la sociedad de la información, Infosoc o DDASI. (Traspuesta al

Derecho español por la Ley 23/2006).

- Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual. (Traspuesta al Derecho español por la Ley 19/2006).
- Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual.
- Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.
- Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Pasaremos a analizar brevemente cada una de ellas a continuación, deteniéndonos especialmente en la Directiva 2001/29/CE que además, analizaremos con mucho más detalle respecto de los límites de cita e ilustración de la enseñanza en el capítulo 4 y respecto de la regla de los tres pasos y la regulación de las medidas tecnológicas de protección en el capítulo 5.

### **3.6.1 Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.**

Esta Directiva, cuya aportación más importante al Derecho europeo es la regulación jurídica de las bases de datos y que establece el derecho *sui generis* que para el fabricante de una base de datos, forma ahora parte de la LPI española al haber sido traspuesta a través de la Ley 5/1998 y se refiere en dos ocasiones a los límites y excepciones en el texto de la misma.

Un reporte de la Unión Europea sobre esta Directiva establece que es necesario permitir a los *usuarios legítimos* realizar ciertos actos necesarios para acceder a los contenidos de las bases de datos para facilitar la disseminación de información y así fomentar y garantizar a los ciudadanos

europesos un adecuado acceso a la información (First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2005).

Con respecto de los límites, nos remontamos a su artículo 6, que establece excepciones a los “*actos sujetos a restricciones*” establecidos en el artículo 5; reproducción, transformación, comunicación pública, etc.... derechos exclusivos que pertenecen al autor de una base de datos.

El artículo 6.1 establece una excepción específica y obligatoria en favor del “*usuario legítimo de una base de datos o de copias de la misma*” y le permite, sin tener que contar con la autorización del autor “*todos los actos a que se refiere el artículo 5 que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario...*”

En el 6.2 de la Directiva, se otorga la facultad a los Estados miembros para establecer limitaciones a los derechos exclusivos siempre y cuando sea dentro de los casos dispuestos por el mismo artículo, que contiene una lista exhaustiva, a saber:

- “a) cuando se trate de una reproducción con fines privados de una base de datos no electrónica;*
- b) cuando la utilización se haga con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que se indique la fuente, en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga;*
- c) cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial;*
- d) cuando se trate de otras excepciones a los derechos de autor tradicionalmente contempladas por su derecho interno, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a), b) y c).”*

El artículo 6.3 parece establecer la aplicación de la regla de los tres pasos, alineándose con el Convenio de Berna, estableciendo que las limitaciones establecidas en el 6.1 y en el 6.2:

*“no podrán interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificados a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos.”*

Sin embargo, no se hace referencia a que se debe limitar a ciertos casos especiales quizás porque en la misma redacción del 6.1 y 6.2 ya se habla de esos ciertos casos especiales por ejemplo

cuando el 6.2 establece usos para fines de ilustración a la enseñanza e investigación o para fines de seguridad pública. Se permite que los Estados miembros establezcan otros límites siempre y cuando estos sean los mismos que se han establecido con respecto de los derechos de autor sobre otros tipos de obras distintos a las bases de datos, es decir, se está a los casos especiales establecidos en la legislación nacional existente.

En la misma forma que el 6.1, el artículo 8 contiene una excepción obligatoria que permite al usuario legítimo “extraer y/o reutilizar partes no sustanciales” del contenido de la base de datos, estableciendo que dicho usuario legítimo:

*“no podrá efectuar actos que sean contrarios a una explotación normal de (la base de datos) o que lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base... (y)...no podrá perjudicar al titular de unos derechos de autor o de derechos afines que afecten a obras o prestaciones contenidas en dicha base.”*

El artículo 9, establece una lista exhaustiva de excepciones aplicables al derecho “*sui generis*” que hemos mencionado anteriormente. Se permite al “*usuario legítimo de una base de datos... pueda...* a) *extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma*”, cuando se extraigan contenidos de una base de datos no electrónica para uso privado; b) cuando sea para fines ilustrativos de enseñanza e investigación científica, identificado fuente y con la condición de que sea en la medida justificada por el objetivo no comercial perseguido; y c) cuando la extracción y/o reutilización sea con fines de seguridad pública o con motivo de un procedimiento administrativo o judicial.

Finalmente, el artículo 15 establece que no será posible renunciar a través de contrato, a lo establecido en favor de los usuarios legítimos en los artículos 6.1 y 8 anteriores.

Sobre los límites y excepciones establecidos en esta Directiva solo resta apuntar que en el informe europeo que hemos citado unas páginas atrás, se recoge la opinión de bibliotecas, organizaciones académicas, loterías y usuarios de bases de datos públicas en la que expresan su



preocupación acerca de si el ámbito de protección del derecho ‘sui generis’ no ha resultado en una protección demasiado amplia algunos de esos usuarios han solicitado que las excepciones se apliquen también a bases de datos electrónicas.

Además, miembros de las comunidades científica y académica manifiestan en el mismo informe que el límite al derecho ‘sui generis’ que permite el acceso y uso de datos ilustración a la enseñanza e investigación es demasiado restrictivo (Loc. Cit.).

según el mismo informe, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y algunos jueces nacionales considera que el balance entre los tenedores de derechos exclusivos y usuarios legítimos no es el adecuado y que existe la preocupación de que el derecho ‘sui generis’ puede restringir significativamente el acceso a la información y por ello el Tribunal ha declarado que los actos de simple consulta de una base de datos no están incluidos entre los derechos exclusivos del fabricante de la base de datos (Loc. Cit.).

El reporte se refiere a una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2004 (asunto C-203/02). La misma establece en su Considerando 54 que:

*“la protección que confiere el derecho sui generis se extiende únicamente a los actos de extracción y de reutilización, tal como se definen en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva. En cambio, la referida protección no alcanza a los actos de consulta de una base de datos.”*

### **3.6.2 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.**

La Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, también conocida como Directiva de la Sociedad de la Información, Directiva Infosoc o DDASI es una implementación del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 1996 al que ya nos hemos referido. Es una de las Directivas más importantes en la materia y la que estudiaremos con más cuidado, en este, y los

siguientes dos capítulos, debido a su importancia respecto de los límites al derecho de autor en el espacio europeo, sobre todo en el ámbito digital. En este momento nos limitaremos a mencionar su contenido, reservando para adelante un análisis más profundo del mismo y una valoración sobre sus objetivos de armonización realmente se han logrado.

De acuerdo a su Considerando 2º, esta Directiva se ha propuesto “*fomentar el desarrollo de la Sociedad de la Información*” y busca cumplir estos objetivos alcanzando una mayor armonización de las legislaciones nacionales en materia de derechos de autor para evitar la “*inseguridad jurídica que dificulte el correcto funcionamiento del mercado interior y el adecuado desarrollo de la Sociedad de la Información en Europa.*”

La armonización afecta a los límites a los derechos exclusivos a los que la Directiva se refiere en su artículo 5, y cuyo contenido podemos dividir en disposiciones relativas a límites de adopción obligatoria, límites de adopción facultativa y disposiciones relativas a la regla de los tres pasos, además de las disposiciones que se refieren a las medidas tecnológicas de protección.

Esta Directiva establece los derechos exclusivos de reproducción (art. 2), comunicación pública (art. 3) y distribución (art. 4) y a continuación establece diversos límites que afectan a uno o más de estos derechos exclusivos.

El art. 5.1 de la Directiva exenta del derecho de reproducción a los actos de reproducción provisional cuando estos son de carácter técnico y/o instrumental y cuando no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Los apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo 5 establecen una serie de límites cuya adopción es facultativa. Esto quiere decir que se deja a los Estados la facultad de adoptar los límites que consideren oportunos en sus legislaciones nacionales, siempre y cuando estos aparezcan en una lista exhaustiva contenida en este mismo artículo.

Algunos de estos límites de adopción facultativa solamente afectan al derecho exclusivo de reproducción, mientras que otros afectan también a la comunicación pública (incluida la puesta a disposición) y también permite, en ciertos casos, limitar el derecho de distribución.

La Directiva contiene también la llamada “cláusula del abuelo” en el art. 5.3.o) y que permite actos de reproducción y comunicación pública:

*“cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre que se refiera únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.”*

El apartado 5 de este artículo 5 obliga a que los límites establecidos en los incisos 1 al 4 del mismo se apeguen a la regla de los tres pasos, es decir *“únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.”*

Como veremos en el Capítulo 5, a nivel internacional no parece existir duda de que la regla de los tres pasos es una disposición encaminada a los legisladores nacionales y que busca restringir su accionar a la hora de adoptar límites a los derechos exclusivos, los cuales no podrán ser introducidos al ordenamiento interno si no cumple con los tres pasos de la regla.

En el Derecho europeo no existe tal consenso y existen posiciones distintas. Algunos consideran que la regla es, al igual que en los Tratados Internacionales, un criterio únicamente dirigido al legislador; otros piensan que el criterio va dirigido no solo a los legisladores sino que también a los jueces y tribunales de los países miembros quienes deben de utilizar los tres pasos para interpretar la aplicación de cada uno de los límites establecidos en su derecho interno; y existe un tercer grupo que considera que la regla debe de adoptarse en el ordenamiento interno y servir como instrumento para valorar y aplicar los límites al derecho de autor. Además existen algunas otras interpretaciones minoritarias.

En el capítulo 5 estudiamos a fondo todas estas posturas, junto con la manera en que se ha interpretado la regla de los tres pasos por los tribunales de distintos países de los Estados miembros para finalmente analizar la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A continuación reproducimos los límites a los derechos exclusivos establecidos en la Directiva Infosoc, separándolos en virtud de los derechos exclusivos que afectan, como lo hace la legislación europea. Posteriormente, esto nos servirá para compararlo con los límites establecidos en la legislación española.

1) Límites que afectan al derecho de reproducción (art. 5.2 de la Directiva):

- a) A las reproducciones en papel o soporte similar utilizando técnica fotográfica o similar, exceptuando las partituras y siempre y cuando el titular reciba una compensación equitativa;
- b) A las reproducciones en cualquier soporte, realizadas por persona física y para uso privado, sin fines comerciales y siempre y cuando los titulares reciban una compensación equitativa;
- c) Actos específicos de reproducción hechos por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, siempre y cuando no tengan un interés comercial, directo o indirecto;
- d) Grabaciones efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión, por sus propios medios y para sus propios fines. Se admite que cuando el contenido tenga un carácter documental excepcional, se permitirá la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales.
- e) A las reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales sin fines comerciales, como hospitales o prisiones, y siempre que los titulares reciban compensación equitativa.

Como vemos, en algunos casos el legislador europeo establece el requisito de una “*compensación equitativa*” para el titular de los derechos ante los usos permitidos por ciertos límites.

2) Límites que afectan tanto al derecho de reproducción como a los de comunicación pública y puesta disposición del público (art. 5.3 de la Directiva):

- a) Cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que se mencione la fuente, al autor y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;
- b) Cuando el uso sea en beneficio de discapacitados, guarde relación con la discapacidad, sea en la medida exigida por la discapacidad considerada y no tenga un carácter comercial;
- c) Este límite se establece en beneficio de la prensa, estableciendo dos casos diferentes con requisitos específicos para cada uno de estos casos:
  - a. cuando la prensa reproduzca, comunique o ponga a disposición del público artículos sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras; siempre y cuando el uso no esté reservado de manera expresa y se respete la obligación de citar la fuente y mencionar al autor; y
  - b. cuando se utilicen obras en conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que se cite la fuente y se mencione el nombre del autor.
- d) En este apartado se establece el derecho de cita con fines de crítica o reseña, siempre que sea sobre obras que se hayan puesto legalmente a disposición del público y se indique la fuente, se mencione al autor, se “haga buen uso de ellas”, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;
- e) cuando el uso sea con fines de seguridad pública o para procedimientos

administrativos, parlamentarios o judiciales, o, de nuevo en favor de la prensa, se asegure una cobertura adecuada de dichos procedimientos;

- f) también en favor de la prensa, se establece un límite cuando se trate de discursos políticos y extractos de conferencias públicas u obras protegidas similares en la medida que lo justifique la finalidad informativa, y siempre que se indique la fuente y se mencione al autor;
- g) cuando el uso sea en celebraciones religiosas u oficiales organizadas por una autoridad pública;
- h) cuando se usen obras arquitectónicas o de escultura, que estén situadas de forma permanente en lugares públicos;
- i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;
- j) cuando sea para anunciar una exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida que sea para promocionar el acto, excluyendo cualquier otro uso comercial;
- k) cuando el uso sea considerado caricatura, parodia o pastiche;
- l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;
- m) cuando se use *“una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio”*;
- n) Cuando el uso consista en *“comunicación a personas concretas del público o la puesta a disposición”* con fines de investigación o estudio personal, a través de terminales especializados instalados en bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos, cuando las obras figuren en sus colecciones y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia;

Esto último es la "cláusula del abuelo" que hemos mencionado más arriba y que conciernen a usos que ya estén previstos en excepciones o limitaciones dentro de las legislaciones nacionales, dejando fuera eso sí, a los usos de contenidos digitales o por medios digitales, cubriendo este límite

solamente a “*usos analógicos*” siempre que “*no afecten la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad*” y sin perjuicio de otras limitaciones o excepciones respecto de los derechos exclusivos. Parece ser que aquí, al igual que en el 5.4 siguiente, el legislador europeo deja la puerta abierta para que los Estados conserven límites ya establecidos en sus legislaciones con anterioridad a esta Directiva, siendo este un caso en que la lista de límites no parece ser del todo exhaustiva, aunque si bien establece condiciones específicas para la existencia de estos otros límites no especificados en la lista.

Como podemos ver, la Directiva ha establecido gran cantidad de límites tanto a la reproducción como a la comunicación pública y la puesta a disposición del público. Varios de ellos son en beneficio de la prensa y la libertad de información y dos se refieren específicamente a la ilustración a la enseñanza y la investigación por lo que más adelante analizaremos a fondo. Cuando toquemos los límites contenidos en la legislación española, veremos que el legislador español ha optado por establecer una cantidad menor de límites permitidos en la LPI.

La Directiva no establece una lista exhaustiva de límites que afectan al derecho de distribución. En cambio, el texto legislativo europeo dispone que la distribución puede verse afectada por algunos límites, siempre y cuando los Estados miembros “*puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2, y 3 (y)... siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado*” (art.5.4 de la Directiva).

Cabe señalar además que, salvo disposición en contrario, esta Directiva no afecta a la normatividad sobre límites establecida en otras Directivas, como por ejemplo la mencionada 96/9/CE que es específica sobre las bases de datos. Esto quiere decir que el legislador deberá atender al régimen propio establecido para las bases de datos a la hora de adoptar límites relativos a las mismas.

Esta Directiva parece inclinarse por una aproximación restrictiva con respecto de los límites y excepciones pues en su Considerando 44, da particular importancia a los aspectos económicos de la

regla de los tres pasos al establecer que las “...excepciones y limitaciones no deben de aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación.”

Como veremos en los dos siguientes capítulos, lo anterior le ha valido reiteradas críticas la Directiva Infosoc. Algunos autores acusan a la Directiva de haber servido de poco para resolver los problemas de inseguridad jurídica respecto de la protección de autores y usuarios dentro de los países de la Unión, además haberse centrado más que nada en buscar una protección uniforme para los derechos económicos sin tomar en cuenta otros derechos (Hugenholtz, *et al.*, 2006).

Algunos autores piensan que la Directiva no ha contribuido en nada a la armonización de los límites al derecho de autor en el espacio europeo. MacQueen, *et al* (2011:174) nos dicen que el hecho de que muchos de los límites contenidos en la Directiva sean de adopción facultativa da como resultado que el marco de límites y excepciones en la Unión Europea continúe sin armonizar.

Además, el hecho de que la Directiva establezca que los únicos límites que pueden ser adoptados son los contenidos en el art. 5 significa que los Estados miembros pueden elegir adoptar dichos límites, optando por hacerlo de manera más restrictiva que como aparecen en la Directiva, pero no permiten que los países adopten límites más flexibles que los establecidos en la legislación europea (Ghindini, 2013:8).

### **3.6.3 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual.**

De esta Directiva, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, queremos resaltar su Considerando 2º pues habla sobre el equilibrio de intereses en la protección al derecho de autor, estableciendo la necesidad de compensar al creador o inventor. Al mismo tiempo aduce a la necesidad de proteger libertades y derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la información o el derecho a la intimidad



tanto en el ámbito online como offline y establece la necesidad de permitir “la difusión más amplia posible de obras, ideas y los conocimientos nuevos”.

A la letra el Considerando 2º establece que:

*“La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. No debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de información, ni para la protección de datos personales, inclusive en Internet.”*

Lo anterior es relevante para los límites al derecho de autor porque, como ya hemos afirmado, los mismos son el medio del que se vale la legislación para garantizar el respeto de derechos y libertades fundamentales. Además, los límites existen para ayudar, aunque lo logren con mayor o menor éxito, la máxima difusión posible de contenidos que son el vehículo para la transmisión de esas ideas, obras y conocimientos nuevos a los que se refiere el Considerando.

Su Considerando 3º establece la necesidad de contar con “*medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual*” para evitar que la innovación y la creación se desincentiven y las inversiones se reduzcan. Esto implica una protección adecuada de los derechos de los autores, pero también implica que estos derechos deben limitados adecuadamente para permitir innovación y creación que no solo se incentivan a través de la compensación económica, siendo necesario también posibilitar el adecuado acceso y protección a los usuarios legítimos para que a su vez puedan crear obras nuevas e innovar.

En la misma manera que la Directiva de la Sociedad de la Información, esta Directiva establece en su Considerando 8º la necesidad de armonizar la legislación en la materia entre los países de la Unión Europea para así garantizar una mayor seguridad jurídica en la materia., creando un entorno que facilite “*la libre circulación dentro del mercado interior*” y permita crear “*un entorno favorable a una competencia sana*”.

Es con esta vocación comercial, también recogida en su Considerando 9º, estableciendo además la complejidad que ha traído Internet, que esta Directiva se vincula en su Considerando 7º a una intención de cumplir con lo dispuesto en el Acuerdo de la ADPIC y contribuir a alcanzar de mejor manera los fines de este.

#### **3.6.4 Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual.**

Esta Directiva pretende armonizar la normativa en materia de derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines al derecho de autor, estableciendo en qué consisten estos derechos exclusivos (art. 3), quienes son sus titulares (art. 4), ciertos casos, y un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa (art. 5).

Es el art. 6.1 el que establece la facultad de los Estados miembros para establecer límites al derecho exclusivo de préstamo al público siempre que los autores obtengan una remuneración, dejando que los Estados determinen libremente cuál será esta remuneración “*teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural.*” Esto quiere decir que habrá que tomar en cuenta la promoción del acceso a la cultura, el acceso de los usuarios, las posibilidades económicas de las entidades accesibles al público (llamadas así en el artículo 2.1.b de esta Directiva) a la hora de establecer esta compensación.

La Directiva no define cuáles son las entidades accesibles al público pero entendemos que se refiere a bibliotecas públicas, centros culturales y organismos similares puesto que muchos otros ordenamientos jurídicos mencionan este tipo de establecimientos.

El art. 6.2 establece que cuando este derecho exclusivo de préstamo no sea aplicado por los Estados miembros, respecto de fonogramas, películas y programas de ordenador, estipularán una remuneración, por lo menos para los autores.

El art. 6.3 permite la posibilidad de eximir del pago de remuneración a “*determinadas categorías de establecimientos*”, esto en aras de lo establecido en el 6.1 respecto de los objetivos de promoción cultural que el legislador debe de tener en cuenta.

Con respecto de los derechos de fijación otorgados a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 7.1), o entidades de radiodifusión o difusión por cable (arts. 7.2 y 7.3); comunicación al público para el mismo tipo de artistas (art. 8.1, 8.2) y de redifusión a las entidades de radiodifusión (art. 8.3) y de distribución a estos artistas, a los productores de fonogramas, películas y a entidades de radiodifusión (art. 9) se establecen límites en su artículo 10.

Dichos límites permiten:

- a) uso para fines privados;
- b) uso de fragmentos breves para información sobre sucesos de actualidad. Nos llama la atención que en esta Directiva a diferencia de la de la Sociedad de la Información, se hace alusión a fragmentos breves;
- c) a la fijación efímera por entidades de radiodifusión;
- d) al uso exclusivo para fines docentes o de investigación científica.

Como ya se hacía en la Directiva 96/9/CE, se deja a los Estados miembros la facultad de establecer limitaciones semejantes a las ya establecidas para los autores de obras literarias y artísticas, es decir, establece la posibilidad de establecer los mismos límites a los tenedores de los llamados derechos afines al derecho de autor (art. 10.2).

Finalmente, se establece que estas limitaciones a los derechos afines deberán ser aplicadas de acuerdo con la regla de los tres pasos, al igual como se aplica a las limitaciones a los derechos exclusivos de los autores (art. 10.3).

### **3.6.5 Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.**

Esta Directiva es una versión codificada de la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991.

Dicha codificación se hace como resultado de diversos cambios que ha sufrido dicha Directiva (según nos dice el Considerando 1º de la presente).

En su artículo 4, establece los derechos exclusivos de los titulares de los derechos sobre los programas de ordenador y que incluyen reproducción permanente o transitoria, la transformación, la distribución, incluido el alquiler y el derecho a la primera venta dentro de la Comunidad Europea.

El artículo 5 establece los límites a estos derechos exclusivos, entre ellos uno a la reproducción y transformación (art. 5.1) cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del programa de ordenador por parte del adquiriente legítimo, incluyendo la corrección de errores y siempre que no existan disposiciones contractuales específicas, es decir que la licencia del programa de ordenador no lo prohíba específicamente.

El art. 5.2 permite las copias de salvaguardia las cuales no pueden impedirse por contrato y siempre que la copia sea necesaria para la utilización del programa de ordenador concreto.

El art. 5.3 establece el derecho del usuario legítimo de la copia de un programa de ordenador para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa y siempre que lo haga durante las operaciones normales del uso del programa. Este límite, como se observará, beneficia a quienes pretenden realizar actividades educativas o de investigación en el contexto académico.

El art. 6.1 establece el límite por motivos de descompilación a la reproducción y transformación cuando sea indispensable para la interoperabilidad entre programas de ordenador y siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que los actos sean hechos por el licenciatarario o persona autorizada; b) que la información para la interoperabilidad no haya sido puesta a disposición, de manera fácil y rápida para dichos licenciatararios; y c) que dichos actos se limiten “estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.”

El art. 6.2 establece restricciones a este límite por descompilación (no utilizar para fines distintos a la interoperabilidad; la prohibición de comunicación a terceros, para desarrollar programas de ordenador similares) y el art. 6.3, en virtud del Convenio de Berna, establece que es necesario interpretar este límite de acuerdo con la regla de los tres pasos.

### **3.6.6 Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.**

Esta Directiva, apenas adoptada en 2012 tiene como fecha límite para su transposición el 29 de octubre de 2014.

Según su Considerando 3º, esta Directiva pretende:

*“establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgaciones de las obras y otras prestaciones, que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor y cuyo titular de derechos no haya sido identificado...”*

Según su artículo 1, esta Directiva responde al proceso de digitalización de obras emprendido por:

*“bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros.”*

Se pretende regular lo referente a las obras que no tienen autor conocido, y definiendo lo que son es una obra huérfana. Según su artículo 2, esta es aquella obra o fonograma sobre la cual no se conoce a:

*“...ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma, o sí, de conocerse a uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos...”*

En su art. 6, faculta a los Estados miembros para establecer límites y excepciones a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público a fin de que las entidades nombradas en el art. 1.1 puedan (art. 6.1.a) poner la obra huérfana a disposición del público y puedan también (art.

6.1.b) reproducirla a efectos de su “*digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración.*”

Habrá que esperar a la forma en que esta Directiva es introducida en la LPI a través de su transposición, y ver si la próxima reforma a la misma, que se espera para finales de 2014 realiza esta tarea, y por supuesto, será necesario analizar de qué manera se ha hecho, si es que se hace.

En cualquier caso, no deja de ser positiva la existencia de una Directiva que facilite la digitalización, conservación y usos libres para las obras huérfanas. Esto tendrá efectos beneficiosos para el fortalecimiento del dominio público y para el acceso a la cultura y la ciencia en general, con los consecuentes efectos deseables en la educación e investigación académicas.

A continuación analizaremos como las Directivas que ya están transpuestas se han aplicado al texto de la LPI en España, conformando así el marco nacional en materia de límites específicos a los derechos de autor.

### **3.7 Los límites en el derecho español.**

Ya desde antes de la transposición de la Directiva 2001/29/CE, el legislador español “optó por la técnica de una lista de supuestos, respecto de las excepciones al derecho de autor, dentro de la tradición jurídica europea, que huye de las cláusulas abiertas y busca la seguridad jurídica” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:109).

Con la implementación de la Directiva de la Sociedad de la Información, transpuesta al Derecho español a través de la Ley 23/2006 por la que se modificó la LPI, el legislador español ha adoptado diversos límites extraídos de la lista contenida en la citada Directiva, los cuales pueden encontrarse en el Capítulo II, bien llamado *Límites*, en los artículos 31 y ss., de la mencionada ley española.

Como ya vimos en el capítulo anterior, el art. 2 LPI establece que:

*“la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.”*

Según el art. 17 LPI, los derechos exclusivos de explotación de una obra en cualquier forma, y *“en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación”* pertenecen al autor. Los terceros no podrán realizar dichos actos sin autorización del autor *“salvo en los casos previstos en la presente Ley”* es decir, salvo en los límites establecidos en los artículos 31 y siguientes.

Al principio de este capítulo nos referíamos a una clasificación de los límites de acuerdo con la finalidad que se persigue con su adopción, propuesta por Moreno Martínez (2011). A continuación agruparemos los límites y excepciones que aparecen en el Capítulo II de la LPI siguiendo un criterio similar al ya propuesto:

<b>Finalidad del límite</b>	<b>Tipo de límite</b>	<b>Artículo de la LPI en que se regula</b>
Respeto a las libertades fundamentales	Límite de cita, parodia y usos por motivos informativos	Artículos 32, 33, 35.1 y 39
Estimular el conocimiento y la cultura en el seno de la sociedad	Límites en favor de bibliotecas o museos  Límites de cita, de ilustración a la enseñanza y para la investigación, acceso para personas con	Artículos 31 bis 2, 32, 37 y 40

	discapacidad, tutela del derecho de acceso a la cultura	
Imposibilidad de ejercer derechos exclusivos por disposición legal	Derecho de copia privada, fines de seguridad, pública, desarrollo de procedimientos administrativos, reproducción de obras en la vía pública, actos oficiales y ceremonias religiosas	Artículos 31, 31 bis 1, 35.2, y 38
Imposibilidad de ejercer derechos exclusivos por motivos técnicos o tecnológicos	Reproducciones provisionales, utilización de bases de datos, transmisión por cable de una emisión, reproducción por satélite y grabaciones técnicas	Artículos 31, 34, 36

Tabla 3.4 (elaboración propia).



Más adelante volveremos a la finalidad de todos estos límites. Antes es necesario comparar los límites establecidos en la LPI con la lista exhaustiva contenida en la Directiva Infosoc. Esto nos permitirá determinar si el legislador español ha establecido la mayor cantidad posible de usos que no requieren de autorización o por el contrario, ha optado por ser más restrictivo que la Directiva Europea.

### **3.7.1 Límites de adopción obligatoria: las reproducciones provisionales.**

Como no podía ser de otra forma por ser de adopción obligatoria, se ha establecido el límite al derecho de reproducción, que permite actos de reproducción provisional, establecido en el art. 5.1 de la Directiva Infosoc. Este límite queda consagrado en el art. 31.1 de la LPI y sigue una redacción más o menos idéntica a la que aparece en la Directiva por lo que no nos detendremos más tiempo en el mismo.

### **3.7.2 Límites de adopción facultativa.**

Los siguientes son los límites de adopción facultativa que aparecen en la Directiva Infosoc y que han sido establecidos en la LPI.

#### **3.7.2.1 Límite de reproducción por copia privada.**

Con respecto de los límites que se establecieron de manera facultativa, encontramos primero en el artículo 31.2 LPI el límite al derecho de reproducción por copia privada, que aparece en el art. 5.2.b) de la Directiva Infosoc y que ha quedado consagrado de la siguiente manera en la legislación española:

*“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa..., que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas (tecnológicas). Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas, y, en aplicación del artículo 99a, los programas de ordenador.”*

Comparado con el texto de la Directiva, el texto español es un poco más restrictivo pues establece como condición que no exista una utilización lucrativa o con fines comerciales de la obra y además establece que dicha obra no puede ser objeto de utilización colectiva. Esto quiere decir que la obra solo puede ser utilizada por quien hace la reproducción, dejando de lado la posibilidad de que múltiples individuos se beneficien a la vez de la misma copia.

A este límite, que permite la reproducción *en* cualquier soporte, es decir sea analógico o sea digital se le ha considerado como “la excepción más importante” pues es la más relevante desde un punto de vista económico pues gracias a esta excepción, “son lícitas las grabaciones en vídeo de programas de televisión, o de música que se emite por la radio, o de una cinta o CD o DVD... o la fotocopia de un libro que realice un particular...” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:97).

Otra exigencia muy importante, introducida a partir de la reforma hecha por la ley de 2006 de la cual ya hemos hablado es que es requisito que la reproducción sea a partir de una obra a la que se haya accedido legalmente. Esto quiere decir que no puede hacerse a través de una copia de un disco “pirata” por ejemplo, o a partir de una copia descargada por un servidor de *torrent* o cualquier sistema de P2P tipo *Napster*, salvo que pueda probarse que dicha copia tiene un origen legal.

Respecto del acceso legal a las obras, las medidas tecnológicas de protección representan un problema pues como dice García Sanz (2005:121) “la exhaustividad y rigidez de control de los mecanismos técnicos les deja poco resquicio” a los límites.

La copia privada se permite en soportes digitales aún si se distribuyen online. El problema con Internet es que, en ocasiones, lo que puede ser considerado como una copia privada es difícil de determinar. La diferencia entre lo que es un uso personal de un contenido y lo que es una utilización colectiva, por ejemplo una comunicación pública, puede no estar tan clara.

Puede ser casi imposible determinar si en Internet uno está realizando una reproducción que se encuentra dentro de la esfera privada, o por el contrario está realizando una reproducción que

requiere autorización pues “desde el momento en que la información está disposición del público en Internet y puede obtenerse y utilizarse, copia pública o privada son actos que no se pueden controlar, o diferencia claramente su naturaleza” (Ibíd.:123).

El problema con las medidas tecnológicas es que las mismas no tienen la capacidad técnica para diferenciar si un uso es privado o requiere autorización. La consecuencia es que la medida termina por impedir todo tipo de uso, d esta manera dejar al usuario sin espacio para ampararse por el límite en cuestión y esto a su vez resulta en la afectación de los derechos de los usuarios legítimos. El resultado último es dar en el traste con el balance entre intereses que debe existir en la legislación de los derechos de autor. En el capítulo 5, como hemos dicho, hablaremos con más detenimiento de estas medidas tecnológicas de protección y los serios problemas que representa la manera en que son reguladas.

También es necesario resaltar que el límite a la reproducción por copia privada deja lugar a la remuneración equitativa. Esto es lo que ha dado lugar al famoso canon, digital (discos duros, CDs, DVDs) o análogo (grabadoras de casete, videograbadoras) y que en el marco jurídico español se concibió como un gravamen a todo tipo de soportes y que siempre ha estado rodeado de la máxima controversia por considerarse su cobro excesivo por diversos sectores de la sociedad.

Después de varios años de controversia y más controversia, el sistema de compensación por copia privada a través del canon fue abruptamente modificado a través de la Disposición Adicional Décima del Real Decreto-Ley 20/2011, de 20 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. A partir de enero de 2012, el canon por copia privada desapareció al ser suprimido por dicho Real Decreto-Ley y fue sustituido por un nuevo sistema en el cuál es el Estado, con cargo a los Presupuestos Generales, quien se obliga a pagar a quienes son preceptores de la compensación equitativa por copia privada y cuya cuantía se estima “tomando como base la estimación del perjuicio causado.”

Esto dio carpetazo a la cuestión del canon digital, siempre impopular entre los votantes pero deja nuevas preguntas respecto de este nuevo sistema pagado con los impuestos de todos los españoles: Parece además que no habrá tiempo para analizar con detenimiento cómo se han implementado estas medidas pues al momento de la finalización de este trabajo, una nueva Ley de Propiedad Intelectual está a punto de ser aprobada en España, por lo que en futuros textos habrá que analizar que se ha dispuesto en la materia, cómo se implementará y a que nos llevará.

Finalmente, sobre la copia privada, debemos apuntar que la exclusión de bases de datos electrónicas y de programas de ordenador se hace en función de que existen disposiciones específicas respecto de este tipo de obras (art. 100 LPI) y que son resultado de lo dispuesto en las Directivas 96/9/CE y 2009/24/CE. Así, no está permitida la reproducción por copia privada de bases de datos electrónicas ni de programas de ordenador.

#### **3.7.2.2 Límite por motivos de seguridad pública y procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.**

El art. 31 bis 1 LPI establece el límite a la reproducción, distribución y comunicación pública con fines de seguridad pública o para el desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios, incorporando así lo dispuesto en el art. 5.3.e) de la Directiva Infosoc pero dejando fuera de la redacción final el beneficio a la prensa establecido a nivel europeo.

#### **3.7.2.3 Límites en beneficio de personas con discapacidad.**

El art. 31bis 2 LPI, que incorpora lo dispuesto en el art. 5.3.b de la Directiva establece el límite a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre obras ya divulgadas cuando estas se realicen en beneficio de personas con discapacidad. Al igual que la Directiva, la LPI mantiene los requisitos de que los usos “*carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate... y se limiten a lo que esta exige...*” pero

además la LPI establece la necesidad de que los usos “*se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad.*”

Esta última es un requisito adicional pero su contenido es prácticamente sinónimo con los otros requisitos de guardar relación directa con la discapacidad y de limitarse a las necesidades de la misma pues giran en torno al mismo concepto: “el ajuste del medio empleado a la *ratio* del precepto, esto es, la atención de la discapacidad” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:99-100).

#### **3.7.2.4 Límites de cita y de ilustración de la enseñanza.**

En la LPI, los límites de cita e ilustración a la enseñanza se encuentran recogidos en el artículo 32. El apartado que contiene el límite de ilustración de la enseñanza se ha añadido al ordenamiento jurídico español a través del apartado siete, artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modificó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y que entró en vigencia el 28 de julio de 2006. La redacción actual no introduce el límite de cita que ya estaba previsto en la legislación pero sí incluye, además de la ilustración de la enseñanza, una equiparación de las revistas de prensa con las citas.

Dicho artículo 32 dice a la letra:

1. *“Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.*
2. *No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida*

*justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.*

*No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”*

El art. 32 LPI contiene los equivalentes de los límites contenidos en el art. 5.3.d (límite de cita) y 5.3 a (límite de ilustración de la enseñanza e investigación) de la Directiva Infosoc.

El límite de cita, como aparece en la LPI, permite utilizar fragmentos de ciertos tipos de obras ajenas (de naturaleza escrita, sonora o audiovisual), si bien se evita determinar la extensión de dichos fragmentos. Permite también reproducir obras plásticas o fotográficas en su totalidad, pero siempre que se haga de manera aislada. Comparado con la Directiva 2001/29/CE esto ya representa una restricción puesto que en el art. 5.3.d evita tasar las citas salvo el requerimiento de que sea en la medida de la finalidad perseguida y se haga buen uso de las mismas.

Esta restricción es problemática pues dificulta en exceso, si no es que hace imposible el uso de obras de corta duración a título de cita. Por ejemplo, no parece que el límite de la LPI permita en ningún caso el uso de un poema completo de duración breve en una obra multimedia, aún si se hace con fines de análisis, comentario o juicio crítico.

En cambio, la Directiva hace alusión al “buen uso” de las obras y así evita restringir en forma alguna la extensión de las citas. Se deja abierta la puerta a que la licitud de la cita, en cuanto a su extensión, sea valorada “en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido” por lo que el límite en la Directiva Europea es un límite mucho más flexible que incluso podría permitir la utilización de cualquier obra al completo, siempre y cuando esté justificado.

La LPI guarda silencio sobre qué derechos de explotación se ven afectados por el límite. En la Directiva, como se trata de un límite contenido en el art. 5.3, sabemos que la cita afecta a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública y puede afectar también a la

distribución. Esto quiere decir que por lo menos estos derechos también se encuentran afectados en la LPI, aunque también es posible argumentar que el límite de cita afecta a la transformación de las obras lo que es especialmente importante cuando hablamos de la utilización de obras a través de tecnologías digitales en Internet.

Por ejemplo, Sánchez Aristi (2005:542), nos dice que el citar implica necesariamente limitar el derecho de transformación en cuanto a que la incorporación material de una obra o parte de ella en otra implica un cambio de contexto que constituye una transformación de la obra. La posición contraria a esta nos dice que las citas son una parte insignificante de la obra a la que se incorporan y si el uso de las mismas es tan extenso que se incurre en una transformación de la obra original, entonces ya no estaríamos hablando de lo que ampara el derecho de cita (Bondía Román, 1997:171).

En la LPI, el límite de cita se encuentra condicionado al respeto al derecho moral del autor pues contiene una exigencia de atribución, siendo requisito indispensable nombrar la fuente y especificar el nombre del autor de la obra citada. Solo se permite citar de obras ya divulgadas, con lo que también se exige el respeto al derecho moral a decidir sobre la divulgación de la obra. Si aceptáramos que la transformación es un derecho exclusivo afectado, entonces también deberemos asumir que existe una exigencia implícita de respetar la integridad de la obra.

Pero el artículo 32.1 primer párrafo de la LPI resulta mucho más restrictivo que el 5.3.n de la Directiva especialmente respecto de que la disposición de la ley española impone una condición finalista que no se encuentra en la Directiva: la cita solo puede realizarse con fines didácticos o de investigación. Esto excluye del límite cualquier cita que utilizamos en la vida diaria pues se excluyen citas:

“socialmente consideradas como normales, y que no se realizan en el ámbito de la enseñanza o la investigación; las citas al comienzo de capítulos de novelas, las citas de versos o de letras de una canción en una novela, etc. tampoco serían admisibles las citas musicales en otra obra musical” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:100).

Además, la Directiva contiene un límite en su artículo 5.3.i no previsto en la LPI y que permite limitar los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública “cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material” lo que nos parece, cubriría todos los usos socialmente aceptados a los que nos referimos.

Las implicaciones de todas estas cuestiones son abordadas en el siguiente capítulo con todo detalle. Lo mismo podemos decir del límite de ilustración de la enseñanza (art.32.2 LPI) que también se aprecia más restrictivo en comparación con su contraparte en el art. 5.3.a de la Directiva.

Ambos límites comparten la restricción finalista que requiere que la utilización amparada en el límite sea con fines educativos, aunque la Directiva Infosoc permite los usos para la investigación y la LPI no la menciona en su art. 32.2 y parece ser aún más restrictivo al circunscribir las actividades educativas a las aulas y únicamente permitiendo que sea el profesorado de lo que la LPI llama “educación reglada” el beneficiario del límite.

Si el límite de cita ya era más restrictivo al exigir que solo se puedan utilizar fragmentos de obras, el límite de ilustración de la enseñanza lo es aún más, pues el 32.2 exige que se utilicen solamente “*pequeños*” fragmentos de obras. Esto acrecienta los problemas ya mencionamos respecto del límite de cita y la utilización de obras completas de corta duración, que padecen quedar totalmente fuera de este límite. Si en una clase de publicidad pretendemos ilustrar la clase con un comercial de televisión de 30 segundos de duración, no parece posible ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza contenido en la LPI, pero uno si podría ampararse en el mismo límite como aparece en la Directiva 2001/29/CE.

Al revés que en la Directiva, la LPI hace que el límite de ilustración de la enseñanza sea mucho más restrictivo que el límite de cita pues además de las restricciones en cuanto a la extensión, ha decidido dejar fuera del límite a las compilaciones de fragmentos de obras u obras aisladas de



carácter plástico o fotográfico. También se excluyen expresamente a los libros de texto y manuales universitarios.

Para Corredoira (2012:70-71) esto es “sorprendente” y tiene el peligro de “...exterminar la escasa lectura científica en la Universidad, por duro que resulte decirlo...” En nuestra opinión, esta restricción, incluida en la reforma del art. 32 del año 2006, se da en el peor momento, justo cuando la realidad de las librerías electrónicas, los repositorios digitales de obras académicas y los *eBooks* comenzaron su despegue.

Analizando todas estas cuestiones de manera superficial, podemos darnos cuenta que la LPI es mucho más restrictiva que su contraparte europea. La redacción de ambos límites en la legislación del derecho de autor española es mucho más restrictiva y antes de analizarlos más a detalle, seguiremos con la comparación del resto los límites contenidos en la LPI, con sus símiles europeos. Además, en los dos siguientes capítulos, intentaremos presentar posibles soluciones para dotar de mayor flexibilidad a los límites de cita e ilustración de la enseñanza.

#### **3.7.2.5 Trabajos sobre temas de actualidad y usos incidentales de obras en los mismos.**

Este límite existe con miras a salvaguardar el derecho a la información contenido en el artículo 20.1 de la Constitución española.

El art. 33.1 LPI permite la reproducción, distribución y comunicación pública de “*trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social... por cualesquiera otros (medios) de la misma clase.*” Esto siempre que se citen fuente y autor cuando el artículo esté firmado y siempre que el medio de origen no se haya reservado los derechos sobre la pieza y el límite no incluye a las colaboraciones literarias pues para que un medio haga uso de estas, será necesaria la “*oportuna autorización del autor.*”

Este límite es el que permite que unos medios de comunicación se hagan eco de la información de actualidad que aparece en otros y a diferencia del art. 10bis 1 del Convenio de Berna,

es más amplio pues no solo se limita a acontecimientos económicos, políticos o religiosos como dicho Tratado Internacional sino a todo tipo de trabajos y artículos sobre sucesos del día a día.

El mismo artículo prevé que la reproducción, comunicación pública o distribución de los artículos o trabajos de actualidad se haga previo pago de la remuneración pactada con el autor o en su caso, la remuneración considerada como equitativa.

Por supuesto, cuando lo que se toma de otros medios es el mensaje, es decir el contenido de la información en sí y esta se incluya en otro artículo diferente no será necesaria ninguna autorización ni pagar remuneración alguna pues como nos recuerda Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:103) “la información en sí misma no se protege por el derecho de autor.”

El límite del 33.1 LPI encuentra su homólogo en la primera parte del artículo 5.3.c) de la Directiva Infosoc, si bien esta última hace referencia a la prensa y el texto de la LPI hace referencia a todos los medios de comunicación social, pero además la Directiva hace extensivo el límite al “...uso de obras o prestaciones (que guarden) conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad...” El legislador español ha querido consagrar este límite, que permite utilizaciones incidentales de obras con motivos de información, en un artículo distinto y aparece en el art. 35 LPI y que permite que, siguiendo el tenor literal del artículo:

*“1. Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad pueda ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien solo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa.*

*2. Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.”*

El legislador español ha querido acotar mejor que el legislador europeo qué tipo de obras pueden ser utilizadas y en ambos casos, lo que se permite es un uso incidental, es decir, una obra puede utilizarse dentro de una nota informativa, pero la nota informativa en sí no puede ser solamente la reproducción de dicha obra.

El artículo 33.2 LPI permite

*“reproducir, distribuir y comunicar las conferencias alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que estas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho de publicar en colección tales obras.”*

En la Directiva, este límite aparece en el artículo 5.3.f. y simplemente hemos de apuntar la que en la legislación española se faculta al autor de dichos discursos o alocuciones a reservarse el derecho de publicar sus obras en colección.

Por último, hemos de resaltar que la Directiva exige el respeto a los derechos morales del autor de los discursos o alocuciones al exigir, salvo que resulte imposible, mencionar a la fuente y al autor y que además con respecto de las conferencias públicas habla de “extractos” y al igual que la LPI española exige que sea únicamente con el fin exclusivo de informar.

#### **3.7.2.6 Límites a los derechos de explotación del titular de una base de datos.**

Estos límites han sido incorporados a la LPI española en su artículo 34 y son resultado de la transposición de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de bases de datos.

Estos límites se introducen a la legislación española a través del artículo 4 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho nacional de la Directiva ya mencionada.

El artículo 34.1 LPI establece lo siguiente:

*“el usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar solo una parte de la base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte.”*

Como vemos, se trata de una reproducción casi literal de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva transpuesta.

El art. 34.2 LPI también es también una reproducción prácticamente a la letra de lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva, excepto que el texto europeo en su inciso d) faculta a los Estados miembros para aplicar a las bases de datos “otras excepciones a los derechos de autor tradicionalmente contempladas por su derecho interno” lo que no hubiera tenido sentido añadir al texto de la LPI.

El límite de la Ley de Propiedad Intelectual permite la reproducción de bases de datos no electrónicas para fines privados (art. 34.2.a); la utilización con fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial (art. 34.2.c); y dejamos para el último el art.34.2.b que permite la utilización “con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.”

El texto de este inciso b) se acerca mucho a la redacción de la Directiva y llama la atención que su redacción, vigente desde 1996, no es tan restrictiva como la del art. 32.2 que fue introducida en 2006. Parece que el legislador no tenía en mente ser tan limitativo en los usos permitidos una década antes. Se permiten actos de reproducción, comunicación pública y distribución y no se impone la necesidad de que sean pequeños fragmentos o solo partes de la base de datos, ni se pide que el uso sea únicamente en el aula o por el profesorado de la educación reglada.

### **3.7.2.7 Obras situadas en las vías públicas.**

Volvemos a tocar aquí el artículo 35 LPI que ya habíamos mencionado aunque solo hicimos alusión a su apartado 1 que establece un límite que permite utilizaciones incidentales de obras con motivos de información.

El art. 35.2 LPI permite la reproducción, comunicación pública y distribución, a través de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales, de las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas.

El texto de este límite fue introducido a la LPI a través del artículo 4 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo y no ha sido tocado por las modificaciones introducidas en 2006 aunque sí que encuentra una correspondencia en la Directiva Infosoc del 2001, en su artículo 5.3.h) que también permite la reproducción y comunicación pública de obras de arquitectura o escultura “*realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos.*” Reproducimos esta última parte de dicho artículo pues vemos que existe una voluntad de, que las obras que forman parte de un espacio público, puedan ser aprovechadas y reproducidas por todos, como parte de dicho espacio público.

Lo único apuntaremos es que este límite podría encontrarse en tensión con la regla de los tres pasos, como está concebida en la Convención de Berna o el Acuerdo ADPIC si esta se interpreta de una manera demasiado restrictiva, pues el límite permite el uso aún si este tiene fines comerciales lo cual podría ir en contra del segundo o tercer pasos que impide perjudicar injustificadamente los intereses del autor o afectar a la explotación normal de las obras.

#### **3.7.2.8 Límites para transmisiones por cable, satélite y grabaciones técnicas.**

El art. 36 LPI establece que la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión así como su incorporación a un programa dirigido hacia un satélite.

Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:109) nos dice que “el fundamento de este límite reside en la voluntad del legislador de evitar que un mismo acto de explotación pueda dar lugar a dos remuneraciones distintas.”

Según el 36.1 para la transmisión por cable de la emisión es necesario que la misma se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización de la emisión. El 36.2 establece que la emisión puede incorporarse a un programa transmitido por satélite siempre que el autor o su derecho-habiente haya autorizado a la entidad receptora para comunicar la obra al público, en cuyo caso, la emisora de origen quedará exenta del pago de toda remuneración.

El art. 36.3 se refiere a las llamadas grabaciones técnicas, también llamadas efímeras y permite que cuando haya cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando esta se realice a través de la radiodifusión, se faculte a la entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, con el fin de realizar, por una sola vez, la comunicación pública que se ha autorizado. Para nuevas difusiones de la obra así registrada, continúa el artículo, será necesaria la cesión del derecho de reproducción además del de comunicación pública.

Este numeral 3 del artículo 36 encuentra su correspondencia en el artículo 5.2.d) de la Directiva Infosoc que permite también permite grabaciones efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión aunque la Directiva Europea permite además la facultad de autorizar que las grabaciones puedan ser conservadas en archivos oficiales cuando tengan un carácter documental excepcional.

El 36.4 establece que las disposiciones contenidas en este artículo se entienden sin perjuicio precisamente del derecho de comunicación pública.

### **3.7.2.9 Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.**

El artículo 37.1 LPI contempla un límite al derecho de reproducción por el cual los titulares de derechos de autor no pueden oponerse a las reproducciones de obras, cuando aquéllas se hagan, sin ánimo de lucro, por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.

La redacción actual de este artículo fue introducida en la LPI a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio y es la transposición de un límite, también a la reproducción contenido en el art. 5.2.c) de la Directiva Infosoc.

Este límite compete a la investigación universitaria pues es uno de los fines para los que se permite que se realice esta reproducción sin necesidad de autorización del titular aunque no queda claro si incluye a cualquier tipo de investigación se realice o no en el ámbito universitario y si es con independencia del tipo de personas que realicen dicha investigación. La finalidad de conservación que menciona el artículo es la que abre la puerta a la digitalización de las obras que se encuentran en formatos análogos.

Por su parte, el art. 37.2 LPI exenta de obtener la autorización de los titulares de derechos para realizar préstamos a los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

Se establece además que los titulares d estos establecimientos deberán remunerar a los autores por los préstamos “en la cuantía que se determine mediante Real Decreto” dejando la recolección de estas cuantías a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, quedan eximidos de la obligación de remuneración.

El apartado dos de la disposición final primera de la Ley 10, 2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, publicada en el BOE el 23 de junio de 2007 le dio a este precepto su redacción actual y transpone lo dispuesto en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que en su artículo 6 faculta a los Estados miembros a establecer un límite al derecho exclusivo de préstamo al público siempre y cuando se remunere a los autores pero dejando a los estados decidir cuál será esta remuneración de acuerdo con sus objetivos de promoción cultural y permitiéndoles eximir del pago de remuneración a ciertos establecimientos.

En la redacción española la remuneración se establece por Real Decreto, posibilitando así el establecer la cantidad que se le pagara al titular de los derechos de acuerdo a los objetivos culturales del país. Se exime además a ciertos municipios y a ciertas instituciones educativas.

A diferencia del 37.1 LPI, este artículo 37.2 añade entre sus beneficiarios a las instituciones educativas sin ánimo de lucro y las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español con la pretensión clara de beneficiar con este límite al préstamo a través de las bibliotecas universitarias, lo cual consideramos, es una de las disposiciones más positivas para la educación y la investigación en el derecho español, sin entrar a valorar a fondo si se podría extender el beneficio a más instituciones, lo cual, según creemos, sería aún más positivo.

La Ley 23/2006 introdujo el art. 37.3 permitiendo la comunicación o puesta a disposición de obras sin requerir autorización del titular a *“personas concretas del público a efectos de investigación y cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados”* de museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezca a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

El artículo también establece el requisito de que las obras a las que se otorga acceso figuren en las colecciones del propio establecimiento, sin perjuicio de la remuneración equitativa para el autor y siempre que las obras no sean objeto de adquisición o licencia. Este apartado del artículo 37 tiene su homólogo en el art. 5.3.n) de la Directiva 2001/29/CE.

Estos terminales, los podemos encontrar en las bibliotecas, y permiten visionar un documento audiovisual o escuchar un CD de música por ejemplo, y permiten la consulta de obras digitalizadas que se encuentren en la colección de una biblioteca.

Sin duda, esto es de mucho interés, respecto del acceso a las revistas científicas, que generalmente se encuentra disponibles en los terminales instalados en las bibliotecas universitarias, y



cada vez más, en repositorios online. La suscripción a dichas revistas y las condiciones del acceso suelen estar sujetas a contratos de licencia, situación que permite el art. 37.3.

Se trata de algo de especial importancia, porque en efecto, ser excesivamente restrictivo en lo que se permite a través de las licencias, así como un precio demasiado elevado puede resultar en una especie de privatización del conocimiento. Por ejemplo, en las ciencias duras, a veces los propios autores deben pagar por acceder a sus propios textos, ya ni se diga sus colegas, incluso cuando su *paper* ha sido publicado muchos años atrás. En el capítulo 5 tratamos el tema de las licencias que permiten acceso a contenidos digitalizados y el serio problema que presentan a los límites al derecho de autor y la disponibilidad del conocimiento.

#### **3.7.2.10 Actos oficiales y ceremonias religiosas.**

El art. 38 LPI permite “*la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas*” sin necesidad de autorización de los titulares de derechos siempre que el público pueda asistir de forma gratuita y los artistas no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos.

La Directiva Infosoc contiene una disposición similar en el art. 5.3.g pero que permite la reproducción y comunicación pública de obras, a diferencia de la LPI que solo afecta a la comunicación pública a través de la ejecución, “*cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública*” sin establecer ningún otro tipo de matiz. La Directiva permite además de la ejecución a través de artistas presentes en el evento se pueda utilizar una grabación y sin limitarse exclusivamente a las obras musicales.

#### **3.7.2.11 La parodia.**

El art. 39 LPI contiene una de las principales afectaciones al derecho de transformación pues establece que la parodia de la obra divulgada no será considerada transformación que exija

consentimiento del autor, siempre y cuando no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original de su autor.

Su homólogo en la Directiva Infosoc es el art. 5.3.k) y otorga a los estados la facultad de establecer límites a la reproducción, comunicación pública y distribución cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche.

Para Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:108) la Ley española evita definir que es la parodia intencionadamente, para dejarla como una categoría imprecisa y abierta, remitiéndose el legislador a “‘las leyes del género’, a los usos sociales, puesto que el juez aplicará el concepto de parodia correspondiente al lugar y tiempo en que tiene que enfrentarse al caso concreto.

Estamos ante el único límite establecido en la LPI que puede ser interpretado de manera amplia siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos para proteger al derecho moral (la obra original debe estar previamente divulgada, no se confunda con la original y no se dañe a la obra original de su autor). La parodia tiene una larga tradición basada en la libertad de expresión y de ahí que no se establezcan más límites que los mencionados aunque como veremos, una aplicación restrictiva de la prueba de los tres pasos podría comprometer incluso a la parodia.

Estamos ante el único límite establecido en la LPI que puede ser interpretado de manera amplia siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos para proteger al derecho moral (la obra original debe estar previamente divulgada, no se confunda con la original y no se dañe a la obra original de su autor). La parodia tiene una larga tradición basada en la libertad de expresión y de ahí que no se establezcan más límites que los mencionados aunque como veremos, una aplicación restrictiva de la prueba de los tres pasos podría comprometer incluso a la parodia.

Otros autores critican lo permisiva que es la ley con respecto de la parodia, no proponiendo que esta deba limitarse sino señalando que el criterio con el que se mira a la parodia comparado con el que se sigue con otros límites, como por ejemplo los relacionados con la educación y la

investigación en donde hay “que mirar con lupa la letra de la ley y rendir cuentas a las entidades de gestión correspondientes” llama a replantarse si se están considerando adecuadamente las consecuencias económicas de tales usos (Corredoira, 2012:78).

#### **3.7.2.12 Límite para tutelar el derecho de acceso a la cultura.**

El art. 44 de la Constitución española establece el mandato que tienen los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura para todos y de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Con miras a defender este derecho de acceso a la cultura, se ha establecido este límite que permite asegurar que los herederos de un autor que ha fallecido o ha sido declarado muerto no impidan la divulgación de una obra de tal manera que vulneren lo dispuesto en el art. 44 constitucional. Para ello, un Juez podrá ordenar las medidas adecuadas, a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo. Este límite se encuentra establecido en el art. 40 LPI.

#### **3.7.2.13 Límite al derecho de explotación sobre programas de ordenador.**

El art. 100.1 LPI permite, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación sin necesidad de autorización del titular, de programas de ordenador, incluyendo la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por el usuario legítimo y de acuerdo con el fin que se persigue. Sin embargo, la realización de una copia de seguridad no puede ser limitada por contrato según el art. 100.2 LPI. Cuando la LPI habla de disposiciones contractuales, se está refiriendo al contrato de licencia al que está sujeto el usuario legítimo de un programa de ordenador.

El art. 100.3 LPI permite al usuario legítimo llevar a cabo un proceso de retroingeniería de un programa de ordenador siempre y cuando lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga,

visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a utilizar. Recordemos que este proceso de retroingeniería permite observar o estudiar el funcionamiento del programa de ordenador por lo que podríamos considerarlo como un límite que beneficia a la educación sin restringir el beneficio a instituciones concretas.

El art. 100.4 LPI por su parte, no podrá oponerse, salvo pacto en contrario a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo. Estamos aquí ante un concepto muy similar al de obra derivada, pero aplicado a programas de ordenador.

El art. 100.5 LPI permite reproducir el código o traducir su forma (es decir, extraer el código fuente) sin necesidad de autorización del titular de los derechos siempre y cuando estas actividades sean indispensables para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas y siempre que esto sea hecho por el usuario legítimo o sus personas autorizadas; que la información no haya sido puesta previamente y de manera fácil y rápida, a disposición del usuario legítimo o sus personas autorizadas y que la descompilación no se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión o para actos que infrinjan los derechos de autor.

El art. 100.6 establece que:

*“...la excepción contemplada en el (art. 100.5) será aplicable siempre que la información así obtenida:*

- a) Se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.*
- b) Solo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.*
- c) No se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.”*

Finalmente, el art. 100.7 establece la necesidad de que las disposiciones de los arts. 100.5 y 100.6 deben interpretarse de manera que no perjudiquen de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o de manera contraria a la explotación normal del programa informático.

Como ya vimos, a nivel europeo, existe la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador y que es una versión codificada de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991.

Esta Directiva también prevé límites que permiten actos para el uso, mantenimiento y corrección de errores de los programas, las copias de seguridad y la retroingeniería para su observación, estudio o verificación, además de límites que permiten el proceso de descompilación a efectos de interoperabilidad, condicionando estos usos a la regla de los tres pasos tal y como está establecida en la Convención de Berna.

#### **3.7.2.14 Límites al derecho *sui generis* sobre las bases de datos.**

Aunque la LPI ya establece límites a los derechos de explotación de los titulares bases de datos en el art. 34, incluyendo la utilización con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica (art. 34.2.b) pero, al mismo tiempo, establece límites sobre el derecho *sui generis* de las bases de datos.

El art. 135 LPI establece que el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, puede extraer y reutilizar una parte sustancial del contenido de la base cuando la extracción sea para fines privados siempre que se trate de una base de datos no electrónica; para fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica imponiendo las mismas condiciones que el art. 34.2.b); y cuando se trate de una extracción y/o reutilización con fines de seguridad pública o para procedimientos administrativos o judiciales. Estos límites deberán de ser interpretados de acuerdo con la mencionada prueba de los tres pasos.

Como vimos anteriormente, estos mismos límites se encuentran en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de bases de datos y el texto vigente de este artículo 135 se introdujo a través de la Ley 5/1998 de 6 marzo por el que se incorporó esta Directiva al Derecho español.

En este caso, el art. 9 de la Directiva no faculta a los Estados miembros para aplicar al derecho *sui generis* sobre las bases de datos, otros límites tradicionalmente contemplados en el derecho interno., a diferencia del art. 6 de la mencionada Directiva. Así, el texto de la LPI española es esencialmente el mismo que el de la Directiva.

### **3.8 Límites en el derecho español: menos cantidad y mayor restricción.**

Hemos visto cuales son los límites a los derechos exclusivos contemplados en la LPI española y haciendo la comparativa con las distintas Directivas Europeas que establecen a su vez, límites a los derechos exclusivos, hemos podido constatar que la legislación española no solo ha establecido menor número de límites que los permitidos que las directivas si no que en algunos casos, como lamentablemente sucede con los límites que guardan relación con la educación y la investigación, la LPI es aún más restrictiva. Hemos dejado fuera de este análisis las disposiciones relativas a la regla de los tres pasos y las medidas tecnológicas de protección, pues como ya hemos dicho, el análisis se encuentra en el capítulo 5.

En el siguiente cuadro comparativo podemos ver que el legislador español, al hacer la transposición ha establecido muchos menos límites que los permitidos por la legislación europea:

#### **Comparación entre límites permitidos LPI/Directivas Europeas**

<b>Límite</b>	<b>LPI española</b>	<b>Directivas Europeas</b>
Reproducción provisional	Art. 31.1	Art. 5.1 Directiva 2001/29/CE

Copia privada	Art. 31.2	Art. 5.2.b) Directiva 2001/29/CE
Seguridad pública y procedimientos administrativos	Art. 31 bis 1	Art. 5.3.e) Directiva 2001/29/CE
Limites en beneficio de personas con discapacidad	Art. 31 bis 2	Art. 5.3.b) Directiva 2001/29/CE
Límite de cita	Art. 32. 1  (Restringida a fragmentos de obras y para usos educativos o de investigación)	Art. 5.3.d) Directiva 2001/29/CE (no la restringe solo a usos educativos o de investigación y no establece ningún requisito de duración para la cita)
Usos para ilustración a la enseñanza	Art. 32.2  (Restringe el uso a fragmentos y solo en educación reglada y en las aulas)	Art.5.3.a) Directiva 2001/29/CE (La Directiva permite en general usos para fines educativos e investigación científica y no restringe el uso a pequeños fragmentos de obras)

Trabajos de actualidad y uso incidental de obras ajenas con finalidad informativa	Art. 33 y Art. 35.1 LPI	Art. 5.3.c) y Art. 5.3.f) Directiva 2001/29/CE
Obras en la vía pública	Art. 35.2 LPI	Art. 5.3.h) Directiva 2001/29/CE
Cable, satélite y grabaciones técnicas	Art. 36.1 Transmisión por cable  Art. 36.2 Transmisión por satélite  Art. 36.3 Grabaciones técnicas o efímeras	Art. 5.2.d) Directiva 2001/29/CE permite las grabaciones efímeras por entidades de radiodifusión y permite su conservación si son de carácter documental excepcional.
Reproducción en bibliotecas	Art. 37.1 LPI	Art. 5.2.c) Directiva 2001/29/CE
Préstamo en bibliotecas	Art. 37.2 LPI	Art. 6 Directiva 2006/115/CE
Consulta en terminales especializados	Art. 37.3 LPI	Art. 5.3.n) Directiva 2001/29/CE
Ejecución en ceremonias	Art. 38 LPI	Art. 5.3.g) Directiva 2001/29/CE (Permite



		reproducción además de comunicación pública)
Parodia	Art. 39 LPI	Art. 5.3.k) Directiva 2001/29/CE (Admite expresamente además pastiche y caricatura)
Derechos de usuarios legítimos de bases de datos y límites que permiten usos de bases de datos	Art. 34 LPI	Art. 6 Directiva 96/9/CE
Límites al derecho “ <i>sui generis</i> ” sobre las bases de datos	Art. 135 LPI	Art. 9 Directiva 96/9/CE
Uso de programas de ordenador	Art. 100 LPI	Arts. 5 y 6 Directiva 2009/24/CE
Límite para tutelar el derecho de acceso a la cultura	Art.40 LPI	No existe como un límite específico en las Directivas Europeas pero es un mandato general

Reproducción por fotografía (a excepción de partituras)	No existe	Art. 5.2.a)
Radiodifusión por instituciones sociales (hospitales o prisiones)	No existe	Art. 5.2.e)
Usos incidentales de obras ajenas	No existe	Art. 5.3.i)
Promoción de exposiciones públicas o venta de obras de arte	No existe	Art. 5.3.j)
Usos relacionados con la demostración o reparación de equipos	No existe	Art. 5.3.l)
Uso de obras de arte en forma de edificio, dibujo o plano de edificio con la intención de reconstruir dicho edificio	No existe	Art. 5.3.m)

Tabla 3.5 (Fuente: Elaboración propia).

Como se puede ver, a nivel cuantitativo, la Directiva 2001/29/CE admite más utilizaciones libres amparadas en límites a los derechos exclusivos de los autores que la LPI si se tiene en cuenta

que la primera admite la adopción de por lo menos seis límites más en las legislaciones nacionales. Eso sin contar, por ejemplo, que el límite por parodia contenido en 5.3.k de la Directiva Infosoc admite además de esta el pastiche y la caricatura mientras que la LPI se limita solo a la parodia. Otro límite lo encontramos en el 5.2.d de la Directiva que admite después de una reproducción por una entidad de radiodifusión, la conservación de la obra cuando esta es de carácter documental excepcional, La LPI solo contempla la reproducción por motivo de grabación técnica o efímera de las entidades de radiodifusión (art. 36.3 LPI).

De todos los límites que el legislador español ha decidido dejar fuera de la LPI nos parece que el que más se echa en falta es el 5.3.i) de la Directiva que permite la inclusión incidental de una obra en otro material.

Esto nos remite ya al terreno de lo cualitativo, en donde encontramos que permitir estos usos incidentales daría una amplitud mayor al derecho de cita, ausente en la LPI y que dotaría de mayor seguridad jurídica a prácticas socialmente aceptadas como por ejemplo las citas al comienzo de novelas o las citas de versos o letras de canciones en el cuerpo de las mismas.

En resumen, sería mejor la cita se erija en beneficio de todo tipo de creadores y no solo de las personas que busquen hacer usos para la educación y la investigación científica. Recordemos que uno de los fines de la legislación del derecho de autor, más aún de los límites a los derechos exclusivos, es precisamente fomentar la creación entre los ciudadanos y la disseminación del conocimiento. Con respecto de esta disseminación, pensemos en a cuántos autores o músicos nos hemos acercado a través de referencias que encontramos en otras obras.

Continuando con la comparación del límite o derecho de cita en ambas legislaciones, llegamos a la conclusión de que la misma aparece de manera mucho más restrictiva en el Derecho español pues entre otras cosas, la LPI habla de fragmentos de obras de naturaleza escrita, sonora o

audiovisual, solo permitiendo el uso de obras completas cuando se trate de obras plásticas o de carácter fotográfico figurativo.

El texto de la Directiva nos parece mucho más permisivo pues no restringe el uso de ciertas obras a fragmentos de estas sino que da la posibilidad de valorar la cita de acuerdo a la medida del objetivo específico perseguido y siempre que se haga buen uso de ellas, evitando así restringir el uso a fragmentos o establecer una extensión específica para las citas.

La restricción más dura que aparece en la legislación española, es la supeditación de la cita a fines docentes o de investigación, requisito que no aparece en el art. 5.3.d de la Directiva Infosoc.

Con respecto del límite que permite el uso de obras sin autorización en actividades educativas contenido en el art. 32.2 LPI, de nuevo nos encontramos con que el texto de la LPI es más restrictivo que el de la Directiva pues no solo de nuevo, se limita a fragmentos (el texto de la LPI habla de *pequeños* fragmentos en esta ocasión) de obras escritas, sonoras o audiovisuales y obras plásticas al completo, además no se permite que el límite beneficie a la educación e investigación científica de la manera en que lo hace el 5.3.a de la Directiva Infosoc.

La LPI restringe el número de beneficiarios potenciales de este límite al establecer que solo puede beneficiar a usos que se hacen dentro de las aulas y en beneficio del profesorado de la educación reglada, sin siquiera definir qué se entiende por esto, además de imponer el requisito de que el uso no tenga fines comerciales.

Con respecto de la reproducción y comunicación pública de obras en actos oficiales y ceremonias religiosas nos encontramos que la LPI restringe este límite a la ejecución de obras en actos públicos y cuando esto sea sin fines de lucro mientras que la Directiva Infosoc permite tanto la ejecución como la reproducción.

En definitiva, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo podemos concluir que la Ley española de Propiedad Intelectual es más restrictiva que las Directivas en la materia, mencion

especial a los límites de cita e ilustración de la enseñanza e investigación que compararemos más a fondo en el siguiente capítulo.

Lo mismo sucede a nivel internacional. En el art. 10.1 del Convenio de Berna, parece más abierto puesto que aunque no los define, condiciona la cita a los “usos honrados”, lo cual lejos de ser una restricción, parece dotar de cierta flexibilidad a la norma. Se evita así establecer un límite a la extensión de las citas o los motivos para los que se pueden utilizar. En la misma línea, el artículo del Convenio no limita el beneficio de la cita a ningún sujeto en particular no circunscribiéndolo solo al profesorado por ejemplo.

Mención aparte merece, y la tendrá en el capítulo 6, el sistema anglosajón, en particular el Copyright norteamericano y la doctrina del *fair use* que parece permitir mayor flexibilidad que una lista cerrada de límites pero que sin embargo, también parece proveer de una menor seguridad jurídica.

### **3.9 Conclusiones al capítulo.**

En este capítulo hemos estudiado primero las limitaciones generales al derecho de autor, que pueden ser por el objeto de la protección o en relación con la temporalidad.

Existe un límite al objeto de protección de la Ley que implica que solo se protege a aquellas creaciones originales que tienen la consideración de obras. Las ideas por ejemplo quedan fuera del ámbito de la protección y por lo tanto pueden ser utilizadas libremente por cualquiera y para cualquier finalidad.

El derecho del autor se encuentra limitado en cuanto a su duración en el tiempo pues la mayoría de los derechos otorgados por el derecho de autor no duran para siempre. Esta limitación temporal de ciertos derechos específicos es necesaria en aras del bien común para procurar el mayor y más adecuado acceso de la población a la cultura y del conocimiento asegurando su mayor difusión

posible. Se juzga necesario que la protección termine y las obras puedan avanzar la finalidad de enriquecer el acervo cultural y científico de la sociedad.

Esto último nos lleva a la conclusión de que el derecho de autor encuentra entonces su límite más general en el dominio público y este se compone tanto de aquello que no puede ser protegido como obra y por lo tanto es de libre utilización como en aquello que, siendo protegible, recibe una protección que limita la duración en el tiempo de ciertos derechos exclusivos, en aras del bien común.

Además de estas limitaciones generales, la legislación ha establecido límites específicos al derecho de autor y que por lo general afectan a derechos exclusivos y permiten formas concretas de utilizar estos derechos.

Dichos límites existen para defender intereses de personas distintas al tenedor de los derechos exclusivos y para otorgar protección a otros derechos que se juzgan de mayor categoría que la protección al autor.

Existen límites impuestos para proteger las libertades fundamentales (como los usos por motivos informativos o la parodia y la cita que benefician a la libertad de expresión); límites que existen ante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos exclusivos (como la copia privada); límites para fomentar el conocimiento y la cultura en la sociedad (como aquellos que permiten la ilustración de la enseñanza, la investigación o ciertos usos en bibliotecas y museos).

Un sistema adecuado de límites debe mantener un balance entre los intereses de los autores y los intereses de la sociedad entre los que están promover el avance científico y cultural de la misma, y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Concluimos que preferimos utilizar el término “límites” para referirnos a lo que comúnmente se llama en legislación y doctrina como “límites y excepciones” pues nos parece que es un término que evoca mejor la necesidad de tener un equilibrio y que expresa mejor la necesidad de que la

concepción y aplicación de los límites sea lo más flexible y permisiva posible. Una vez traspasado el límite en la esfera de la protección del derecho de autor, el resto de los usos deberían de ser libres e ir en beneficio de la sociedad en su conjunto.

A lo largo del capítulo, hemos analizado los límites en las legislaciones específicas, primero en los instrumentos internacionales como el Convenio de Berna, el Acuerdo de la ADPIC o los Tratados de la OMPI sobre derechos de autor entre otros importantes. Luego hemos analizado los límites en las distintas Directivas Europeas, con mención especial a la Directiva 2001/29/CE también llamada Directiva Infosoc pues nos parece el texto legislativo más importante a nivel europeo en materia de límites al derecho de autor pues es el intento de armonización más grande en estos temas a nivel de la Unión Europea.

Después de nombrar los límites en los Tratados Internacionales y en la Legislación Europea hemos comparado estos con la LPI española y sus disposiciones al respecto y hemos concluido que los límites tal y como aparecen en la legislación española son más restrictivos tanto a nivel cuantitativo (son menos que los contenidos en la lista exhaustiva de la Directiva Infosoc por ejemplo) como a nivel cualitativo pues los límites en la LPI son mucho más restrictivos y podemos argumentar que en varias ocasiones, su redacción no es la más deseable.

## **Capítulo 4. Los límites de cita e ilustración de la enseñanza en el Derecho internacional, europeo y español.**

### **4.1 El derecho de autor como coadyuvante del derecho a la educación.**

En el punto 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...”

Fomentar y permitir la libertad de expresión, el alentar la creación artística y científica y el beneficio de los miembros de la sociedad mediante el acceso a las obras creadas contribuye a ese desarrollo de la personalidad humana, tanto para los que crean obras nuevas como para los que solamente conocen de ellas.

Para el Tribunal Supremo español (STS del 23 de marzo de 1999), el derecho de autor integra “un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima... ya que en todo caso, proviene y deriva del hacer humano.” Al proteger al autor, Para el Tribunal Supremo español (STS del 23 de marzo de 1999), el derecho de autor integra “un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima... ya que en todo caso, proviene y deriva del hacer humano”. Al proteger al autor, uno de los objetivos es fomentar las condiciones que permitan el desarrollo de su personalidad. Al mismo tiempo, se puede afirmar que el permitir que las personas participen de lo creado por los autores, de la vida cultural de la sociedad, también contribuye al desarrollo de su personalidad.

Sabemos que el respeto a la libertad de expresión implica un derecho de libertad de creación, que es un aspecto de este derecho fundamental. También contribuyen a esa libertad de expresión, el derecho a la información y la participación en la vida científica y cultural de la sociedad. De acuerdo con la Declaración Universal, esos derechos deben de ser reforzados mediante otro derecho fundamental, el derecho a la educación.

Si ambos, derecho de autor y derecho a la educación buscan finalidades parecidas, en



principio no debería haber motivo para considerar que estos derechos pueden en algún momento entrar en tensión, pues parece ser que los fines que buscan son complementarios, no antagónicos. Sin embargo, como sucede con todo tipo de derechos, habrá momentos en que esta tensión será inevitable pues la facultad de uno siempre se traduce en la obligación de otro.

Como hemos afirmado en nuestro primer capítulo, el derecho de autor coadyuva con la protección y realización de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, es necesario proteger al creador para que el derecho de autor pueda cumplir con su función. El problema surge cuando la protección a los autores es tan cerrada e inflexible que termina por estorbar el ejercicio de otros derechos y los límites establecidos no permiten suficiente espacio para ejercerlos.

Al estudiar la historia del desarrollo del derecho de autor se puede observar que la protección a los derechos exclusivos se ha ido ampliando con el paso del tiempo. Se ha pasado de la autorización de las copias, el famoso *copy-right* o derecho a copiar; o el *derecho a imprimir* como aparece en la legislación española del siglo XVIII, a la pléyade de derechos exclusivos que existen hoy en día, y que han ido apareciendo a la par de nuevos medios para difundir obras y nuevos usos de las mismas que la tecnología ha ido haciendo posible. Ante la ampliación de derecho exclusivos, y permitir que los avances tecnológicos puedan funcionar dentro de la legalidad, es aún más importante el establecer límites al derecho de autor.

La gran capacidad técnica o tecnológica que existen actualmente, es la que “ha ampliado el ramillete de derechos de autor y otros derechos afines, y de otros sujetos titulares de los mismos, lo que ha venido a complicar el equilibrio y la disponibilidad de información libre al público” (García Sanz, 2005:45). Esto ha generado una gran tensión entre los tenedores de derechos exclusivos sobre los contenidos y los usuarios que desean beneficiarse del acceso a dichos contenidos. Entre ellos podemos contar a los colectivos relacionados con la educación y la investigación académica.

Es inevitable que exista tensión entre cualquier tipo de derechos de unas personas frente a los

de otras y también es inevitable que el derecho de autor entre en tensión con el derecho a la educación en ciertos casos, por ejemplo en cuanto el acceso a los contenidos protegidos. Esto es lo que hace necesario limitar ciertos derechos para permitir el fomento y disfrute de otros derechos. Para que el derecho de autor coexista con un derecho a la educación, es necesario que entre los límites a este derecho, que no es absoluto, existan límites que permitan el fomento y disfrute del primero

Muchas veces cabe preguntarse si la tensión es en realidad entre autores y usuarios; o más bien entre aquellos que buscan explotar contenidos, que no son necesariamente los autores, y los usuarios. Geiger, *et al.*, (2008:707) afirman que los límites al derecho de autor suelen entrar en conflicto con el objetivo principal de estos tenedores de derechos: generar dividendos. Por el contrario, los límites pueden servir para favorecer los intereses de los autores.

Helfer y Austin (2011:517) sostienen que es prácticamente imposible argumentar que los derechos de autor sobre materiales educativos no estorban al derecho a la educación, aunque es cierto que sus consecuencias adversas son mínimas comparadas con las consecuencias que otras situaciones como los aranceles a la importación del papel o las barreras lingüísticas tienen sobre la educación de las personas en ciertos países.

Creemos absolutamente necesario contar con límites robustos al derecho de autor que aseguren que no se estorba en demasía al derecho a la educación. No hablamos solamente de los derechos sobre materiales educativos, sino sobre cualquier tipo de obra, pues muchos tipos de producciones pueden tener un valor educativo, incluso, en ocasiones, las más banales pueden tener algún valor desde el punto de vista técnico.

Las leyes de protección al derecho de autor suelen reconocer, como vimos anteriormente, que existe una función social detrás de la protección otorgada y es por ello que en los sistemas jurídicos nacionales “la legislación sobre propiedad intelectual no permite que los titulares de

derechos de propiedad intelectual controlen totalmente el acceso y uso de las obras. La presencia de excepciones y limitaciones a los derechos de autor constituye la clave para asegurar un equilibrio adecuado entre control y acceso” (Díaz, 2008:61).

En la mayoría de los ordenamientos sobre el derecho de autor se tiene en cuenta el deber de ayudar a que las personas puedan gozar de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la educación y por eso todos ellos contienen límites que provienen de Tratados Internacionales que han hecho un esfuerzo por homologar en las legislaciones nacionales la protección al autor, pero también el acceso a los contenidos por parte de los usuarios por motivos de interés social. Como ha dicho la jurisprudencia norteamericana, los derechos de autor son por su propia naturaleza limitados y deben de servir al bien común (Fogerty v. Fantasy, 1999).

La doctrina también reconoce esta función en los límites al derecho de autor:

“... el mecanismo legal para amparar (las) distintas utilizaciones en las legislaciones de los países de nuestro entorno, si bien con distinto alcance, es el que se procura a través de las denominadas excepciones o limitaciones al derecho autor, y cuyo objetivo... es el de potenciar una mayor difusión del conocimiento e información entre los miembros de una determinada colectividad... (el objetivo de algunas es) estimular el conocimiento en el seno de la propia sociedad. A partir de tales postulados se justifican las limitaciones reconocidas a favor de las bibliotecas, museos y centros educativos.” (Moreno Martínez, 2011:393-394).

Los límites obedecen a la necesidad de limitar al derecho de autor en beneficio de otros derechos considerados como superiores en beneficio de la sociedad en su conjunto. Se trata de limitar el derecho para beneficiar al interés general, de buscar regulación que garantice “el respeto al derecho de propiedad, además de la libertad de expresión y el interés general” (Couto Gálvez, 2009:198). O, aunque rechazamos la concepción que ve a los límites como simples “excepciones”, concordamos en que los mismos responden a exigencias de “...la vida social, las necesidad de información, la libertad de expresión, etc.” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:97).

Si aceptamos que una de las finalidades del el derecho de autor es proteger a los autores y sus obras para beneficiar a la sociedad en su conjunto, entonces podemos pensar también que uno de

los métodos para beneficiar a la sociedad es permitir que las obras creadas sean puestas a disposición para la enseñanza y la investigación a través de los límites que hemos mencionado.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos suelen cristalizar la necesidad de promover el derecho a la educación en los límites que permiten ciertos usos encaminados a la finalidad educativa y de investigación académica.

Un alegato de un grupo de académicos e investigadores en un caso ventilado en las cortes norteamericanas resalta la importancia de los límites enfocados a la educación e investigación:

“Durante siglos, los académicos y educadores han utilizado fragmentos de obras de sus colegas, transformándolas, de monográficos individuales y estáticos, a herramientas pedagógicas e intelectuales dinámicas que sirven para la enseñanza en el aula” (Hansen *et al.*, 2013:2) Estas actividades son la parte central de lo permitido por los límites del derecho de autor relacionados con actividades educativas y de investigación. Los límites son de máxima importancia para las instituciones educativas, cuyo papel en la sociedad se centra en la enseñanza y la crítica, y cuyos limitados recursos no les permiten pagar una licencia por cada obra que utilizan (Ibíd.:7-8).

La cuestión es si realmente la legislación existente, y en específico los límites al derecho de autor, contribuyen a realizar el derecho a la educación y promueven la investigación; y si realmente atienden al interés general. Según Shaver (2009:183), se privilegian intereses privados por encima de los públicos y es por ellos que la regulación existente del derecho de autor no respeta el aspecto que juega el “acceso” en el derecho a la ciencia y la cultura.

Las obras deberían de estar disponibles para quien quiera estudiar sobre ellas, analizarlas quizás para una clase de literatura o investigar en base a ellas. Por poner un ejemplo, pensemos en una tesis doctoral sobre filología inglesa que tome de base alguna obra escrita en esta lengua. Elaborar el trabajo de investigación sería imposible sin el acceso a las obras que conformen la materia de la misma, que además de las obras literarias también pueden ser las obras de carácter

científico. El no tener la posibilidad de estudiar la mayor cantidad de obras relevantes posibles, quizás no permita a futuros escritores e investigadores desarrollar al pleno sus habilidades.

Lo mismo sucede dentro del aula. No solo el estudiante de las artes se beneficia de las obras artísticas, ni solo el que estudia las ciencias se beneficia solo de las obras científicas. Todo estudiante puede y debe beneficiarse de ambas.

El material literario, audiovisual, sonoro o plástico es un gran coadyuvante para la investigación y la educación de cualquier tipo, aunque estas obras no sean su tema central. La obra periodística, la cinematográfica, la literaria y la música tienen la capacidad de ayudar a estos fines. La doctrina y obra didáctica y científica juegan un papel central, pero el resto de las obras pueden ser un gran complemento. Estos beneficios deberían de verse acrecentados por la tecnología que permite el fácil acceso a las obras: su fácil distribución y su fácil reproducción. Sin embargo, parece que la Ley, lejos de contribuir a hacer todo más fácil, contribuye a complicar el acceso.

Las formas de distribución de la obra, así como presentan retos a la hora de otorgar protección efectiva al autor, presentan también ventajas a la hora de utilizarlas en el aula o para la investigación. Por lo tanto también debe de ser un reto para el legislador el procurar el máximo acceso posible a los contenidos al tiempo que se salvaguardan los derechos de los autores y otros titulares de derechos.

Los contenidos digitales, con la ayuda de Internet, puede ayudar a extender el acceso de las personas al aprendizaje y mejorar la calidad en la impartición de las clases en el ámbito universitario y en cualquier otro estamento de la educación.

También pueden mejorar el acceso de los investigadores al contenido y por ende, ayudarles a mejorar en su investigación gracias a los acervos digitales en las bibliotecas. La misma utilidad pueden tener acervos digitales que no son mantenidos por bibliotecas universitarias o públicas, pero que permiten el acceso a obras sin coste alguno, bajo acuerdo con los mismos autores, quienes

desean dar mayor difusión a sus obras. Nos referimos a ellos un poco más adelante. Todo esto permite que el alumno también pueda tener mejor acceso a manuales, libros de texto y publicaciones académicas que permiten elevar la calidad de su educación.

Igualmente, los contenidos digitales pueden servir para que grupos menos favorecidos de estudiantes por cuestiones económicas, o estudiantes no tradicionales, como adultos mayores o profesionales que busquen formas de complementar su formación.

Las personas con capacidades diferentes también pueden beneficiarse al hacer posible que accedan al conocimiento impartido en la educación superior. To Todos estos beneficios pueden ser particularmente positivos en países en desarrollo y por ello es necesario que el marco regulatorio internacional permita a dichos países alcanzar un balance adecuado en la protección, de tal manera que puedan atender a sus necesidades particulares en materia de desarrollo (*Report of the Commission on Intellectual Property Rights* (WIPO), 2002).

El acceso a los contenidos digitales, gracias a ese potencial de mejorar la calidad de la educación, también puede servir para dotar a los futuros creadores de las capacidades básicas que les permitirán crear nuevas obras que nutrirán el mercado de nuevos contenidos (Chon, 2007: 841).

Un buen ejemplo respecto de lo que apunta Chon son los llamados *modders* de videojuegos. Se trata de aficionados a dichos contenidos que, valiéndose del código abierto del software de algunos de estos juegos, hacen modificaciones a los mismos como parte del disfrute de los mismos. Buscan introducir mejoras o modificaciones a la presentación o incluso a la manera de jugar. En ocasiones, los cambios que se introducen pueden llegar a ser auténticas obras derivadas a partir del juego original. En más de una ocasión se ha dado el caso de que un *modder* ha sido contratado por la empresa que desarrolló el juego original o por otras empresas dedicadas a los videojuegos (Gilbert, 2013).

El ejemplo evidencia que cuando un usuario tiene acceso a contenidos digitales y se le

permite utilizarlos de manera menos restringida, a pesar de la existencia de derechos exclusivos, puede convertirse en uno de esos creadores de contenidos que termina beneficiando a la misma industria.

Desafortunadamente, como sabemos, el ejemplo anterior no es la norma, y aunque existen límites al derecho de autor en cualquier legislación en la materia, lo que estos permiten suele ser bastante restrictivo.

La disponibilidad de los contenidos en la actualidad y la multitud de usos posibles de los mismos contrasta con los usos que en la práctica un profesor o investigador puede realizar sin vulnerar los derechos de autor contenidos en la legislación vigente y por lo tanto, incurrir en una posible responsabilidad.

Ya hemos argumentado que ciertas concepciones sobre el derecho de autor y su finalidad han llevado a situaciones en donde los límites tienen poca cabida o resultan demasiado inflexibles. Anteriormente hemos comparado los límites establecidos en la Directiva Infosoc y en la LPI española, concluyendo que la legislación española es más restrictiva tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Lo anterior sin perjuicio de que se considere en buena parte de la doctrina, como ya hemos expuesto parcialmente, que también los límites que encontramos en la Directiva son a su vez poco flexibles.

Por lo anterior, es de suma importancia contar con límites adecuados dentro de la legislación que permitan aprovechar al máximo los recursos culturales y científicos con los que una sociedad cuenta y las formas actuales de uso y distribución de contenidos que no tienen paralelo en la historia de la humanidad: “las tecnologías digitales poseen una capacidad enorme para diseminar el conocimiento. La legislación del derecho de autor jugará un papel crucial en determinar la legalidad (de cualquier uso)” (Fitzgerald, 2007:4).

El uso de contenidos digitales a través de Internet traspasa fronteras y por lo tanto trasciende

legislaciones locales. Es por ello que en la legislación de derecho de autor de cualquier país del mundo es de capital importancia que los legisladores entiendan que es tan necesario proteger adecuadamente al autor para incentivar la creación como permitir que los ciudadanos puedan tener el mayor acceso posible a los contenidos protegidos.

Al mismo tiempo, es necesario que exista una infraestructura legal que sea suficiente para asegurar que las obras pasarán efectivamente y en el tiempo apropiado al dominio público. La clave está en límites bien pensados, inclusivos y flexibles que permitan además asegurar la fortaleza del dominio público.

#### **4.2 Límites en beneficio de la educación e investigación universitarias.**

Fernández Molina (2002:12) apunta que un profesor, investigador o alumno universitario tiene que superar cuatro escollos para poder utilizar un contenido:

- El derecho de autor propiamente dicho. Es decir, si la ley efectivamente permite el uso que le quiere dar a un contenido protegido.
- Las medidas de protección tecnológica. Por ejemplo las que impiden que clips de una película en DVD o *Blu Ray* puedan ser extraídas. Lo mismo sucede con el contenido puesto a disposición para su streaming online.
- La protección que la ley da a las medidas tecnológicas. Por ejemplo, la prohibición de saltarse dichas medidas o de fabricar el software que permite desactivarlas o esquivarlas.
- La legislación de los contratos, como los contratos de licencia, muy comunes hoy en día, por ejemplo cuando se compra un *eBook* o cuando uno se suscribe a Netflix para acceder a películas en streaming a cambio de una cantidad mensual.

Esta situación facilita más que nunca hacer una copia o distribuir una obra pero al mismo tiempo da aún más control al autor y a los tenedores de derechos de explotación. Esto hace que hoy



más que nunca sea absolutamente necesario tener unos límites afinados al máximo pues de lo contrario el equilibrio de intereses podría romperse. Es necesario que además de proteger al autor y asegurar que las obras puedan ser explotadas, se permita el acceso a los contenidos sin estorbar el derecho a la educación o inhibir la investigación.

En el capítulo anterior clasificamos a los distintos límites existentes de acuerdo a su finalidad. Entre las categorías, señalábamos los límites que se establecen para proteger a las libertades fundamentales, que van dirigidos a toda la sociedad en general. También hemos establecido que hay límites que tienen como fin el estímulo al conocimiento, la educación y la cultura en el seno de la sociedad; y que también van dirigidos a todos los ciudadanos pero con fines más específicos. También podemos encontrar los límites que ayudan a la investigación y el avance de la ciencia y las artes, también de interés público (Fernández Molina y Chaves Guimarães, 2007).

Como su nombre ya lo indica, los límites encaminados a beneficiar a la educación e investigación universitarias sirven a un grupo específico de la población pero no por ello se puede decir que dejan de preservar a los derechos fundamentales o de contribuir al interés social de todos los ciudadanos.

Los ordenamientos jurídicos establecen límites específicos que persiguen fines educativos o de investigación científica, permitiendo realizar actos de explotación sin autorización para estos fines. En la mayoría de los ordenamientos que establecen listas de límites, suele existir por lo menos un límite específico dirigido a la educación y la investigación. Dicho límite se suele dirigir a ciertos usuarios específicos y condiciona la posibilidad de utilizar obras sin autorización a dichas finalidades educativas o de investigación. A estos límites, sobre todo en los últimos años, se les suele llamar de ilustración de la enseñanza.

Existe otro límite, el límite de cita, que suele agruparse o relacionarse con el de ilustración de la enseñanza, pues se entiende que el mismo puede ayudar a conseguir las mismas finalidades que el

otro. Sin embargo, sin negar su valor para avanzar el derecho a la educación, la mayoría de los ordenamientos entienden que el derecho o límite de cita también tiene un importante papel en la protección de otro derecho fundamental: la libertad de expresión.

Es por lo anterior que en muchos ordenamientos el límite de cita suele tener como destinatario a toda la ciudadanía en general y en muchas ocasiones la finalidad de la utilización no se limita solamente a las actividades educativas. Más adelante establecemos con más claridad la diferencia entre estos dos tipos de límites.

Las legislaciones suelen prever también límites en beneficio de bibliotecas y archivos y que suelen permitir actos de reproducción, préstamo, comunicación pública y consulta en terminales especializados. Algunas veces estos se dirigen específicamente a los investigadores o a las entidades educativas y permiten, depende del ordenamiento jurídico, todos estos actos de reproducción, préstamo y terminales especializados o únicamente algunos de ellos.

En ocasiones, estos límites van dirigidos al público en general pues suelen permitir ciertos actos en los archivos, hemerotecas, bibliotecas, etc. de titularidad pública abiertos a todos los ciudadanos.

Como sabemos, existen dos grandes formas de aproximarse a la cuestión de cómo permitir el uso de los contenidos protegidos. Por un lado están los sistemas que articulan límites específicos (Países que siguen la tradición continental del derecho: España, Italia, Francia, etc., países latinoamericanos...) y por el otro está el *Common Law* que suele optar por no establecer listas exhaustivas, utilizando un sistema totalmente abierto, como el *fair use* en Estados Unidos o en el Reino Unido, que por otra parte, aplica el *fair dealing* en ciertas situaciones contempladas en su legislación pero que también establece ciertos límites específicos en ciertos casos. Sin ser exactamente igual al *fair use* norteamericano, guarda más similitudes con este que con el sistema del derecho continental.

En punto y aparte estudiaremos al *fair use* norteamericano por las particularidades que presenta y también porque existen voces en nuestra doctrina y jurisprudencia que dicen que una solución para dotar de mayor flexibilidad a los límites y permitir más usos, pasa por aplicar el *fair use*, o algo similar, al derecho continental, planteamiento que analizamos a detalle más adelante.

A continuación estudiamos los límites de cita e ilustración de la enseñanza, empezando por cómo aparecen en los Tratados Internacionales, posteriormente en la Directiva Infosoc Europea y por último en la legislación española.

#### **4.3 Límites específicos: la cita y la ilustración de la enseñanza.**

Según Xalabarder (2009:12), el estudio de las limitaciones relacionadas con la educación debe analizarse tomando en cuenta los actos de explotación que están autorizados o exentos de autorización; quién se beneficia del límite tanto a nivel de institución (Si se trata de instituciones de educación básica, de educación superior, con o sin ánimo de lucro...) como a nivel individual (¿solo están autorizados los profesores, o también los alumnos y otras personas?); la naturaleza de las obras (si solo se aplica a ciertos tipos de obras o a cualquier categoría de obras prevista en la ley) y el alcance de la autorización del uso (si se limita la extensión de la utilización); los fines específicos que se autorizan; y condiciones y requisitos adicionales como puede ser la remuneración compensatoria.

Nos serviremos de estos elementos para analizar estas limitaciones pero primero es necesario hacer la distinción entre lo que es el límite o derecho de cita y el límite de ilustración a la enseñanza.

##### **4.3.1 Diferencias entre el concepto de “cita” y el de “ilustración de la enseñanza.”**

El Convenio de Berna establece en su artículo 10 posibilidades de libre utilización de obras en algunos casos y siempre que se mencione la fuente y nombre del autor cuando sea posible.

El art 10(1) establece el límite o derecho de cita siempre que se haga de acuerdo a los usos honrados y en la medida justificada por el fin perseguido. El art. 10(2) establece el límite de

ilustración a la enseñanza que permite utilizar lícitamente obras literarias y artísticas siempre en la medida justificada del fin perseguido. Esto apunta claramente a que se trata de dos límites distintos.

Lo dispuesto en el art. 10 hace pensar que el límite de cita se alinea con la concepción tradicional que todos tenemos de la palabra “cita”<sup>14</sup> mientras que el límite de ilustración de la enseñanza parece referirse a algo más amplio y no solo al acto de “citar”.<sup>15</sup>

Según Rogel Vidé (2002), la cita es el derecho de utilizar obras ajenas cuyo origen legal es similar pero no idéntico al *ius usus innocui*. Para Pérez Fuentes (2007:866), que cita la definición de Rogel, el derecho de cita “se refiere a la posibilidad de incluir o reproducir de forma lícita fragmentos de obras ajenas dentro de una obra propia, siendo esta utilización libre y gratuita, por lo que no requeriría ni autorización ni pago al titular del derecho de autor.”

El texto del Convenio de Berna no define lo que es una cita ni cuál debe de ser su duración. Sin embargo, generalmente se entiende que esta consiste en que una persona distinta al autor del trabajo original tome una parte de un todo; un grupo de palabras de un texto o discurso, un pasaje musical o imagen visual tomada de una pieza musical o una obra de arte (Ricketson, 2003:12). Esto sin perjuicio de que, como veremos, en ciertas ocasiones pueda admitirse que se cite una obra al completo.

El concepto de cita debe definirse por la forma en que se utiliza la obra ajena, es decir, por ese acto de “citar” al que nos hemos referido. Cuando el límite de cita aparece en algún ordenamiento jurídico, el mismo se sujeta a requisitos finalistas. Generalmente, estará permitido citar siempre que sea con fines de crítica, comentario o análisis, o cualquier otra finalidad similar.

Por otro lado, parece que el concepto de ilustración de la enseñanza es un concepto totalmente diferente y que va encaminado a permitir una utilización más amplia. Suele implicar que

---

<sup>14</sup> Según el diccionario de la RAE “cita” es 3. “Nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere” o simplemente, 4. “mención”.

<sup>15</sup> Según la RAE, “citar”: 2. “Referir, anotar o mencionar los autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o se escribe.”

la posibilidad de utilizar obras al completo, y no solamente fragmentos; pero, un uso más amplio también puede referirse a que se permite otros actos distintos del acto de “citar.” La cita, que también es un límite esencial para la educación, consiste en reproducir o recitar pasajes de obras literarias, en el marco de la enseñanza o con el objeto de examinar, comentar o criticar una obra. Por su parte, un límite de ilustración de la enseñanza, que es una excepción con fines exclusivamente didácticos, entra en acción cuando se hace algo más que citar la obra protegida por el derecho de autor utilizado para la enseñanza (Xalabarder, 2009:114-115).

El límite de ilustración de la enseñanza puede permitir otras actividades como distribuir materiales entre los alumnos (copiando y después distribuyendo un extracto de un libro o un *paper* académico, por ejemplo). Amparar esta actividad en el límite de cita resultaría más complicado. El límite de ilustración de la enseñanza también puede permitir representar una obra de teatro en el marco de una actividad educativa. El límite de cita en cambio, puede justificar que en una obra de teatro, se cite el texto de otro autor, aún si no nos encontramos en el ámbito educativo. Hablamos en términos generales, pues como veremos, algunos países restringen el ámbito en que la cita puede darse.

Ambos límites permiten actos de explotación pero se debe entender que la cita es un concepto diferente al uso de obras con fines educativos y de investigación científica. El límite de ilustración de la enseñanza e investigación es el que debe de tener una intención más amplia en cuanto a los actos que permite, pero al mismo tiempo debe de ser más estricto en cuanto a los sujetos a los que beneficia. Un límite de cita, aún si es más estricto en cuanto a los actos que permite, debería de ser más abierto en cuanto a los sujetos a los que pretende beneficiar. Es necesario aclarar esta diferencia puesto que existen ordenamientos jurídicos, sobre todo a nivel nacional, que parecen confundir ambos límites.

Pasamos a analizar los límites de cita e ilustración de la enseñanza según están previstos en algunas legislaciones nacionales e internacionales.

#### **4.4 El límite de cita en el Convenio de Berna.**

El art. 10(1) del Convenio de Berna establece el derecho o límite de cita en los siguientes términos:

*“Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”*

##### **4.4.1 Actos de explotación permitidos por el límite de cita según el Convenio de Berna.**

A la hora de analizar el límite de cita según aparece en el Convenio de Berna, la primera cuestión es determinar qué actos de explotación se encuentran afectados por el límite pues si bien el Convenio se refiere específicamente a unos actos de explotación en concreto, otros Tratados Internacionales posteriores han ampliado la lista de derechos exclusivos afectados por el límite contenido en el 10(1) del Convenio.

El citado 10(1), como vemos, guarda silencio sobre cuáles son los actos que se pueden realizar sin autorización del titular de los derechos amparándose en el límite. Según (Xalabarder, 2009:18). Parece que no hay nada en la redacción del artículo que nos indique que el límite se refiere únicamente al derecho de reproducción. Una cita bien puede darse durante una conferencia, o en una representación o durante una retransmisión; con la misma facilidad puede darse dentro de un libro, un artículo o una obra de arte visual (Ricketson, 2003:12). La existencia de este tipo de citas implica aceptar que el límite afecta a distintas modalidades de explotación.

En el Convenio de Berna, fuera de algún afán restrictivo que busque prohibir la mayor cantidad de usos posibles, alimentado por una intención demasiado proteccionista del mercado de las obras, realmente no existen motivos para pensar que el derecho de cita deba de afectar solamente al derecho de reproducción.

Es necesario recordar que el límite de cita protege, entre otros derechos, la libertad de

expresión. ¿Qué sentido tiene un derecho de cita que permita reproducir una parte de la obra de otro si después no es posible comunicar una opinión o comentario sobre dicha obra al público? ¿O a la hora de distribuir una obra, tal y como ha sido concebida, es necesario eliminar las citas con las que dicha obra se ha fundamentado o enriquecido?

No debemos olvidar que el multimedia, presente en todos lados en la vida diaria contemporánea, especialmente en Internet, implica que varios tipos de obras converjan entre sí para formar un todo. Esto hace necesario que el límite de cita contemple el uso de varios tipos de obras y que además permita que fluyan entre formatos, lo que hace necesaria la flexibilidad en cuanto al tipo de actos de explotación que se permiten. De la misma manera, para poder distribuir una obra que contiene citas a través de Internet es necesario que se permitan como mínimo actos de reproducción y de comunicación pública (Xalabarder, 2009:7).

Aceptando que el silencio del art. 10(1) del Convenio de Berna no supone que únicamente estén incluidos los actos de reproducción, nos queda el trabajo determinar qué otros derechos exclusivos se encuentran limitados por el derecho o límite de cita.

El Convenio de Berna otorga a los autores de obras protegidas el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras y el derecho exclusivo de autorizar la traducción de las mismas por lo cual ambos actos estarían amparados por el Convenio de Berna. En su art. 12 y 14, reconoce, el derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras y de autorizar la adaptación cinematográfica de las mismas, a los autores de obras literarias y artísticas. Debemos recordar que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en su art. 1) es un arreglo particular entre Partes Contratantes pertenecientes a la Unión del Convenio de Berna y por lo tanto los firmantes dan cumplimiento tanto a lo dispuesto en Berna como a la contenido en este Tratado de la OMPI.

Lo anterior implica que además de los derechos de reproducción y traducción (también

contenido en Berna), debemos entender que el límite de cita también permite realizar actos de explotación contenidos en el Tratado de la OMPI: la distribución (art. 6) y la comunicación pública (art. 8), que también comprende la puesta a disposición del público de las obras.

El análisis anterior permite concluir que el límite de cita admite una interpretación amplia de los actos de explotación afectados por el mismo.

Aunque según el art. 10(1) es un deber de los países miembros del Convenio adoptar el límite de cita en sus legislaciones locales, adoptar exactamente la misma redacción no es obligatorio. Por lo tanto, es difícil que exista un límite de cita uniforme en las legislaciones nacionales pues cada país puede decidir la forma en que dicho límite aparece. Debido a esto, puede ser que en algunos países, la cantidad de derechos exclusivos que se ven afectados por el límite sea menor que la del Convenio de Berna. Puede ser que no en todos los países se permita realizar cualquier acto de explotación amparándose en el límite de cita.

Hemos mencionado que los límites al derecho de autor están relacionados con la protección a los derechos fundamentales. En general, en la doctrina se sostiene que todos los límites al derecho de autor guardan relación con la libertad de expresión (Chirvase, 2013:14); pero particularmente, el límite de cita es un garante de dicha libertad. De hecho, permitir la mayor cantidad de actos de explotación en base a este límite puede facilitar dicha función; ser flexible en los actos permitirá más libertad para crear y expresarse a quien pretende hacerlo incorporando contenidos de terceros.

Sin embargo, el hecho de que cada país pueda decidir sobre los derechos de explotación afectados por el límite, y que por lo tanto pueda ser más restrictivo en cuanto a los actos permitidos, puede generar una protección dispar de la libertad de expresión. Como veremos, se presenta incluso entre países de la Unión Europea, región que por lo general se considera un ejemplo a seguir en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales y que generalmente busca esfuerzos armonizados y conjuntos para protegerlos.



Aunque el silencio del Convenio puede ser interpretado como un esfuerzo por ser flexible; el no mencionar explícitamente cuáles son los derechos exclusivos afectados por el límite, tiene el desafortunado efecto de dejar abierta la puerta a todos los países miembros a interpretar el derecho de cita de manera muy restrictiva si así les parece.

#### **4.4.2 Tipos de obras que pueden ser utilizadas a título de cita según el Convenio de Berna.**

Continuando con el análisis de este art. 10(1), recordamos que dicho artículo establece que “*son lícitas las citas tomadas de una obra*” sin que se especifique de qué tipo de obras se está hablando. De nuevo nos encontramos con el silencio de la norma. No hay nada en el Convenio de Berna que sugiera que no se puede hacer una cita a partir de cualquier tipo de obra siempre que esta se haya hecho lícitamente accesible al público. Para el Convenio de Berna cualquier tipo de obra considerada como protegida es susceptible de ser citada.

Así como parece claro que el Convenio permite la realización de cualquier acto de explotación a título de cita; de la misma manera podemos interpretar que cualquier tipo de obra puede ser citada: literaria, científica, audiovisual, sonora o de arte plástico. A su vez, cualquier tipo de cita puede ser incluida en cualquier tipo de obra. Recordemos que el citar dentro de una obra multimedia puede hacer necesario que una obra de un tipo sea citada dentro de otro tipo de obra diferente.

Como los países son libres de aceptar su propia redacción, podemos encontrarnos con legislaciones nacionales que no permiten que cualquier tipo de obra sea citada. Por ejemplo, en legislaciones como la Argentina, ha sido necesario que los tribunales aclaren a través de la jurisprudencia qué tipo de obras se encuentran cubiertas bajo el límite de cita, interpretando que “...la norma citada se refiere a todas las obras intelectuales” (Antequera Parilli, 2007:3).

La legislación española (art. 32 LPI), especifica qué tipo de obras pueden ser citadas. En este

caso se trata de obras de naturaleza sonora, escrita o audiovisual y de obras plásticas o de carácter fotográfico figurativo. Mientras tanto, la legislación mexicana (art. 148.I Ley Federal del Derecho de Autor) permite únicamente “*la cita de textos*”, lo cual parece excesivamente restrictivo (aunque otros artículos permitan usos similares de otras obras).

Lo anterior ilustra que existen diferencias en la interpretación y aplicación de un límite que al final es obligatorio para los países firmantes del Convenio de Berna. La aparente flexibilidad del Convenio de Berna en cuanto al límite de cita se ve diluida en la forma en que muchos de los países firmantes han optado por establecer dicho límite.

#### **4.4.3 La extensión permitida de la cita según el Convenio de Berna.**

En cuanto a cuál debe de ser la extensión de la cita según lo dispuesto en Berna, la norma definitivamente no guarda silencio en este aspecto. Toda cita legal está sujeta a que sea “conforme a los usos honrados.” La frase implica una limitación en la extensión de la cita puesto que hace necesario determinar si la extensión de la cita tomada no afecta de manera indebida a los intereses del autor o de quien ostente los derechos exclusivos sobre la obra (Sentfleben, 2012:12).

El art. 10(1) también establece que la extensión de la cita debe de ser “*en la medida justificada por el fin que se persiga.*” Ricketson (2003:12) nos dice que es particularmente difícil delimitar cuantitativamente a la cita y que el art. 10(1) en realidad pretende que esto sea decidido caso por caso y de acuerdo con los criterios generales del fin perseguido y conformidad con los usos honrados. El que una cita incluya partes extensas de una obra puede estar justificada si esto sirve para la finalidad de dicha obra. De la misma manera, también puede justificarse el uso a título de cita de una obra completa si no se afecta a los intereses del autor y a la explotación normal de la obra.

Como vimos antes, el mismo concepto de cita parece indicar un límite en cuanto a la extensión de la misma, y se entiende que una cita consiste en tomar parte de un todo de una obra ajena para incorporarlo en una obra propia. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la utilización

de obras completas a título de cita sea imposible. En algunos casos, si así está justificado por la finalidad perseguida y se hace de acuerdo a los usos honrados, será posible la cita de una obra al completo. Esto puede darse por ejemplo, en los casos en que la obra citada es de una duración breve (Xalabarder, 2009:19).

Según Sentfleben (2004:243), la referencia a “usos honrados” permite aplicar el test de proporcionalidad de la regla de los tres pasos. A este respecto, Ricketson (2003:14) nos dice que aunque el criterio de los usos justos como aparece en el art. 10(1) del Convenio de Berna busca que sean los tribunales nacionales los que decidan en cada caso, los criterios del art. 9(2), que es el que contiene la regla de los tres pasos, pueden ser utilizados para determinar si una cita puede ser considerada como “justa”. Habremos de determinar entonces si la utilización de la cita atenta o no contra la explotación normal de la obra y si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Los criterios de la regla de los tres pasos son más complejos de lo que a simple vista pudieran parecer. No basta con determinar por ejemplo si un trabajo académico que analiza una serie de poemas que incluye dentro de la obra compite o no en el mercado con una antología de los mismos poemas o de las publicaciones que de ellos hagan sus autores o quien tuviera derechos pues hay otros elementos a tomar en cuenta (Ginsburg, 2001:10). De la misma manera, hay que definir con propiedad cuales son los intereses legítimos del autor, más allá del posible daño económico que se le pueda causar o si de alguna forma el uso que se hace de su obra afecta a sus derechos morales, por ejemplo la integridad de la obra (Sentfleben, 2004:244).

Es posible que ese criterio demasiado abierto, incluso incierto, haya sido un factor para que muchos Estados opten por restringir la extensión de las citas de manera específica. En los ordenamientos jurídicos nacionales no siempre se ha optado por dejar a los tribunales toda la responsabilidad de decidir caso por caso si la extensión de la cita está justificada y se han establecido restricciones específicas en cuanto a la extensión de la cita a través de la legislación utilizando

distintos sistemas para determinar cuál debe de ser la extensión de la cita. En algunos casos, ciertos tipos de obras admiten citas más extensas que otras y en otros países se ha optado por tasar la cita a cierto número de palabras o frases, o bien se ha limitado a ciertos porcentajes, mientras que en otros países se ha optado por guardar silencio.

#### **4.4.4 La finalidad de la cita según el Convenio de Berna.**

Los documentos preparatorios del Convenio de Berna dejan claro que entre las finalidades que justifican la cita están los propósitos educativos, científicos, informativos o críticos y también la cita en obras académicas, usadas para la ilustración, o evidencia para apoyar un argumento u opinión (Ricketson, 2003:13). Entiéndase “ilustración” como el acto de ilustrar: “aclarar un punto o materia con palabras, imágenes o de otro modo” (según definición de ilustrar en el diccionario RAE). Está claro que todos estos no son más que ejemplos de lo que puede ser considerada una finalidad válida para realizar una cita. El mismo autor también comenta que en los Comités del Convenio también se ha hablado de citas judiciales, con fines políticos, con fines de entretenimiento o lo el mismo llama “efecto artístico”.

El Convenio de Berna no ha querido ser exhaustivo en cuanto a esos fines perseguidos que pueden justificar o no ampararse en el límite de cita. Se deja en manos del legislador nacional decidir qué finalidades justifican a la cita.

Tomemos como ejemplo el caso neerlandés, en el que la interpretación judicial del límite de cita ha establecido que en dicho país que los fines como la crítica o la reseña mencionados en la legislación son meros ejemplos y que en el derecho de dicho país la cita puede hacerse para cualquier otro fin similar (Sentfleben, 2012:14).

Otros países han optado por ser más restrictivos y han optado por establecer que las finalidades deben de ser de carácter exhaustivo y no meramente ejemplificativo. En otras palabras, la cita se condiciona a finalidades expresa y exhaustivamente consagradas en la legislación de la

materia, sin que puedan admitirse otras finalidades consideradas como análogas. Por ejemplo, España, condiciona la cita a fines educativos o de investigación, estableciendo que lo citado debe utilizarse además para fines de crítica o reseña.

La cuestión de cuáles son aquellos fines que justifican a la cita también es importante para valorar qué tan útil es la cita para proteger la libertad de expresión. Una mayor cantidad de finalidades previstas, permite amparar un mayor número diferente de expresiones: citas con fines de crítica, de investigación, de una actividad educativa, con fines estéticos o cualquier otro tipo que sea requerido por la finalidad perseguida. Recordemos además que la finalidad perseguida sirve para justificar la extensión de la cita, con lo cual, dar cabida a mayor número de finalidades también permite mayor flexibilidad en cuanto a la extensión de lo citado.

#### **4.4.5 Beneficiarios del límite de cita según el Convenio de Berna.**

El criterio de la finalidad perseguida también nos permite identificar quién se beneficia del límite de cita. La flexibilidad en cuanto a la finalidad de la cita, tiene una incidencia directa en cuanto a los sujetos a que pueden beneficiarse de este límite. A mayor número de finalidades permitidas, mayor número de personas podrán ampararse en el límite de cita. Ser restrictivo en cuanto a las finalidades tendrá el efecto contrario.

Afortunadamente, no parece que el límite del 10(1) vaya dirigido a grupos específicos o que excluya a determinados grupos de personas pues no hace mención al respecto.

Como ya hemos dicho, el límite de cita justifica su existencia en la protección a la libertad de expresión y por lo tanto, desde Berna se ha entendido que en virtud de ello el límite debe de ir dirigido a la población en general.

Pese a lo anterior, debido al problema en la uniformidad de la adopción de la redacción del límite que ya hemos mencionado, algunos ordenamientos jurídicos han decidido otorgar el beneficio solamente a ciertos grupos concretos. Tal es el caso de España, que establece la condición finalista

de que la cita se haga con fines educativos o de investigación, dejando así fuera del límite a personas que no pretenden citar como parte de este tipo de actividades.

#### **4.4.6 Acceso legítimo a la obra que se pretende citar.**

El último elemento que analizaremos será el requisito de que la cita solo se permite si se hace partir de una obra que “que se haya hecho lícitamente accesible al público.” Este concepto, más amplio que la publicación, remite a que la obra debe de haber sido divulgada por el autor o por un tercero pero contando con su autorización. En el contexto de Berna, es necesario entender que el concepto incluye también a los actos de retransmisión y ejecución o interpretación en público que son conceptos que quedan fuera del ámbito de la “publicación”. Entonces, el concepto de acceso legítimo incluye entonces cualquier medio por el que la obra se haga llegar al público y no solo a través de copias de la misma (Ricketson, 2003:13).

El acceso legítimo implica tener acceso a la obra conforme a lo que disponga la legislación. No es lícita la cita hecha a través de una obra que ha sido “pirateada”, por hablar coloquialmente. Tampoco es lícita la cita que ha sido hecha saltándose una medida de protección tecnológica (acto que está prohibido por la ley). Esto nos remite a otro problema que trataremos un poco más adelante: las medidas tecnológicas de protección estorban a la posibilidad de beneficiarse de un límite al derecho de autor, entre ellos el de cita.

#### **4.4.7 El límite de cita en Berna en comparación con su adopción por los Estados miembros.**

Como aparece en el Convenio de Berna, no cabe duda que el límite de cita parece amplio y flexible, pero esto no se traduce necesariamente en que los ordenamientos jurídicos adopten un límite igual de amplio y flexible.

La norma en Berna sirve como un estándar máximo de permisibilidad en base al cual los Estados establecerán en sus legislaciones nacionales su propio límite o derecho de cita. En realidad,

este estándar máximo de permisibilidad viene dado por la regla de los tres pasos más que por los límites específicos contenidos como el de cita, cuya característica más importante quizás sea el que es de adopción obligatoria para los Estados miembros.

Consideramos una oportunidad perdida que el límite de cita, tan íntimamente ligado con la libertad de expresión, (y también con el acceso a la cultura y el derecho a la educación), sea un límite de adopción obligatoria, pero que al mismo tiempo, el texto en sí no cuente con ninguna parte de adopción obligatoria. Por ejemplo, se pudo haber obligado explícitamente a los países firmantes a adoptar un límite que afecte a todos los derechos de explotación previstos en la ley, o a evitar tasar la extensión de la cita más allá de los usos honrados o la medida justificada de la finalidad perseguida.

Haber decidido hacer obligatorios ciertos aspectos, sobre todo los elementos que dan cierta flexibilidad en cuanto a la interpretación y aplicación del límite hubiera ayudado a que la flexibilidad presente en Berna se trasladase a los ordenamientos nacionales. Desafortunadamente, este no es el caso, la potencial flexibilidad que tiene el límite de cita como está previsto en el Convenio de Berna, se diluye cuando el límite es adoptado en los ordenamientos nacionales. Además, la falta de uniformidad en la adopción trae como consecuencia una protección dispar de la libertad de expresión entre todos los países que son parte del Convenio y han adoptado el límite de cita.

Pero, quizás el mayor problema en cuanto a la regulación de estos dos límites en el Convenio de Berna es que dentro de su marco jurídico, el legislador nacional siempre podrá ser más restrictivo que los lineamientos generales establecidos en el art. 10, pero nunca podrá adoptar límites más flexibles. Así, a nivel mundial, el Convenio limita la capacidad de los países para adoptar límites flexibles y fácilmente adaptables a los cambios que la sociedad experimenta.

#### **4.5 El límite de ilustración de la enseñanza en el Convenio de Berna.**

El art. 10(2) del Convenio de Berna establece el límite de ilustración de la enseñanza:

*“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los arreglos particulares*

*existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”*

Lo primero que debemos resaltar es que este límite, a diferencia del de cita, es de adopción facultativa para los países de la Unión. Simplemente indica a los países en qué términos pueden adoptar un límite con finalidades educativas (Xalabarder, 2009:18). El límite establecido en el 10(2) establece cuáles deben de ser sus términos si los legisladores nacionales deciden adoptarlo.

En la opinión de Chon (2007:806), el límite de ilustración de la enseñanza proporciona un espacio para que el legislador nacional pueda asegurar el acceso a material educativo para satisfacer las necesidades de desarrollo de un determinado país. En el caso del Convenio de Berna, al no tratarse de un límite de adopción obligatoria, queda por ver si los países efectivamente conseguirán asegurar dicho acceso mediante la adopción de dicho límite o dependiendo de lo restrictiva o flexible que sea su adopción.

En el ámbito académico existe la libertad de cátedra, también relacionada con la libertad de expresión y uno de los espacios en nuestra sociedad en donde se espera se fomente la libertad en la circulación e intercambio de ideas es el ámbito universitario y académico.

Si el límite de ilustración de la enseñanza es, en concepto, más flexible que el de cita y el espacio universitario es propicio para la libertad de expresión, entonces, para fomentar y proteger dicha libertad de expresión parece ser que el límite de ilustración de la enseñanza es el mejor preparado para cumplir esta función. No existe duda tampoco de la importancia para el interés general de garantizar la mejor educación posible para el ciudadano.

El límite de ilustración de la enseñanza está claramente pensado para lograr dichos objetivos, de los que en un momento o en otro, toda la sociedad se beneficiará. No resulta del todo entendible que el límite de ilustración de la enseñanza en el Convenio de Berna no sea de adopción obligatoria



al igual que el límite de cita.

#### **4.5.1 Actos de explotación permitidos por el límite de ilustración de la enseñanza.**

El citado art. 10(2) de Berna establece la facultad de los Estados Miembros de permitir la utilización lícita de obras literarias o artísticas para la ilustración de la enseñanza. Que comprende esta utilización con fines de enseñanza es algo que deben decidir precisamente los países firmantes de Berna directamente en sus legislaciones nacionales o a través de acuerdos particulares entre ellos.

Berna no establece un sistema que permita uniformidad en lo que constituye utilidades lícitas relacionadas con la enseñanza y entonces los países, son libres de excluir ciertas utilidades del beneficio de este límite. Este problema es similar al que hemos descrito respecto de la regulación del límite de cita en este mismo Convenio.

El término “utilización” parece lo suficientemente neutral y permite que los países incluyan entre los actos autorizados cualquier acto de explotación contenido tanto en Berna como en el Tratado de la OMPI. Esto incluye la reproducción, la distribución, la comunicación pública, incluida la puesta a disposición, y la traducción que es una forma de transformación (Xalabarder, 2009:14). También debe entenderse que el límite no se restringe a la tecnología existente sino que también está abierto a las nuevas tecnologías conforme estas van apareciendo (Torremans, 2009:378).

En principio, no debe haber objeción para que se pueda interpretar que, a nivel nacional, el límite de ilustración de la enseñanza cubra cualquier acto de explotación, incluidos actos de transformación. Lo anterior salvo que las mismas disposiciones locales o bien los tribunales nacionales dispongan o interpreten lo contrario o bien si la interpretación de la regla de los tres pasos lo impide.

“Utilización” no es un término que pueda analizarse en solitario pues el art. 10(2) también dispone que estos usos a título de ilustración de la enseñanza se harán “por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.” ¿Es esto evidencia de que los formatos

digitales y las utilizaciones a través de Internet están excluidos? No parece ser el caso pues esa frase parece partir de un deseo específico de permitir el uso de nueva tecnología conforme esta va apareciendo y no de proporcionar una lista exhaustiva que excluya usos relacionados con las nuevas tecnologías e Internet.

No existe duda de que los usos digitales están incluidos en el término, pero al mismo tiempo, esto deja la puerta abierta a que los legisladores nacionales sujeten estos usos a diferentes condiciones dependiendo de la tecnología utilizada en cada caso (Xalabarder, Loc. Cit.).

Lo anterior lo confirma la declaración concertada respecto del artículo 10 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, recordemos, aplicable al Convenio de Berna:

*“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10[11] permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10(2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”* (Declaración concertada respecto del artículo 10 relativa al Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, 1996).

El hecho de que el límite incluya a las actividades educativas en Internet puede servir para dar peso al argumento de que si bien no necesariamente se incluyen todos, por lo menos la mayoría de los actos de explotación son aludidos por el límite.

Lo anterior nos permite afirmar que la reproducción no es el único acto de explotación permitido por el límite de ilustración de la enseñanza. En el entorno digital, cualquier acto necesario para las actividades educativas online será fácilmente clasificable como una reproducción o una puesta a disposición del público y que por lo general, en el mundo online, se producirán por lo menos estos dos actos de explotación como resultado de la misma actividad educativa.

#### **4.5.2 Obras que pueden ser utilizadas bajo el amparo del límite.**

Respecto del tipo de obras que dicho término permite utilizar, no cabe duda que la utilización de cualquier tipo de obra está permitida, tanto literaria como artística siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el límite y sea para la finalidad de ilustración de la enseñanza. Actos como las copias de un texto, el recitar una obra en clase o interpretar una pieza musical parecen estar cubiertos pues Berna busca flexibilidad al no mencionar este tipo de actos y lo que es más, algunos actos simplemente estarán permitidos por el límite de cita (Xalabarder, 2009:16).

Para Ricketson (2003:15) el límite de Berna no restringe el número de copias de publicaciones, fonogramas u obras audiovisuales hechas con finalidad educativa. De la misma manera que no restringe el número de personas que pueden recibir una retransmisión hecha con estos fines, y entonces tampoco se pueden limitar las copias, salvo por el análisis de si dicho acto se apega a los usos honrados.

La utilización de obras cubre a cualquier acto de explotación pero con el matiz de que esto debe hacerse “a título de ilustración de la enseñanza” y esto nos obliga a aclarar primero, en qué consiste esa finalidad de ilustración y qué debe entenderse por “enseñanza”.

Ya habíamos dicho que, comparado con el límite de cita, parece ser que este límite permite aún mayor libertad de utilización de obras siempre y cuando se esté dentro del ámbito educativo y se cumplan los requisitos establecidos en la legislación y no parece correcto interpretar que el término “a título de ilustración...” sea restrictivo en cuanto a la forma en que se puede utilizar las obras si lo comparamos con redacciones alternativas como “con fines educativos” En el Convenio de Berna no se introdujo el término “ilustración” con la intención de restringir los actos previstos por el límite. El único motivo es asegurar que efectivamente los actos realizados efectivamente sirven para “ilustrar” las actividades educativas (Xalabarder, 2009:15).

Por lo tanto, cualquier disminución en el número de actos que pueden realizarse con fines educativos que podamos encontrar en la legislación doméstica no proviene directamente de este

término, sino de la interpretación restrictiva que los ordenamientos nacionales han decidido darle.

En cuanto al término "enseñanza", parece ser que el Convenio de Berna tiene a ciertas instituciones específicas en mente y simplemente cualquiera que pretenda prestar un servicio educativo.

Un reporte del Comité de la Conferencia de Estocolmo sobre el Convenio de Berna demuestra que el ámbito que cubre dicho término fue ampliamente discutido y las conclusiones de los delegados fueron las siguientes:

"Se expresó el deseo de dejar claro en este Reporte que el término "enseñanza" debía de incluir a la educación en todos los niveles - en instituciones educativas y universidades, escuelas municipales y del Estado, y escuelas privadas. La educación impartida fuera de estas instituciones, como por ejemplo la enseñanza disponible al público en general pero no incluida en las categorías anteriores, debía de quedar excluida" (Ricketson 2003:15).

Se da una descripción jurídica de lo que el término "enseñanza" significa, y que puede ser distinto de la definición que de dicho término se hace en otras disciplinas que incluyen todo tipo de instituciones que imparten educación y no solo las mencionadas en este artículo. El mismo Ricketson (Loc. Cit.) opina que es una "interpretación restrictiva" pues no se incluye a la educación para adultos a o las campañas de alfabetización en los países en donde esto es necesario.

Xalabarder (2009:233-234) por su lado, nos confirma que desde que el límite se introdujo en 1886 siempre fue la intención de que, mientras la actividad educativa condujera a la consecución de un título "*oficial*", quedaban incluidas dentro del límite tanto la educación básica como la universitaria, en instituciones públicas o privadas y también quedaba incluida la educación a distancia.

Es necesario referirse también a instituciones u organizaciones que se dediquen a la alfabetización podrían quedar fuera. Pensamos en alguna ONG dedicada directamente a la educación, pero también una que se dedique indirectamente a estos fines. Un ejemplo puede ser una ONG que trate con inmigrantes por motivos de asilo o refugio, y que proporcione entre sus servicios

de asistencia algún tipo de educación que no conlleve la obtención de títulos “oficiales.”

Dichos servicios educativos pueden estar encaminados a que los refugiados o asilados puedan obtener las cualificaciones necesarias para acceder a otras instituciones que otorgan titulaciones “oficiales” en el país al que recién han llegado. Podría afirmarse que estos servicios educativos, que podrían considerarse complementarios, son igual de importantes pues permiten una mejor integración de ciertos colectivos a la sociedad. Esto es un buen ejemplo de por qué el límite debería de ser menos restrictivo respecto de lo que entiende por institución educativa.

Cabe preguntarse además si el término enseñanza solo cubre actividades educativas dentro de las aulas o si se extiende también a la educación a distancia y cualquier forma de educación online sea en tiempo real o diferida en el tiempo. También cabe preguntarse si solo puede dirigirse a alumnos específicos o puede difundirse de forma totalmente abierta a través de Internet.

A lo primero ya hemos respondido, aunque indirectamente, pues como dijimos la intención es que el término "utilización" sea interpretado de manera lo suficientemente neutral como para admitir todo tipo de tecnologías, y efectivamente parece ser que la educación a distancia y online entra dentro del límite. El Convenio de Berna claramente incluye a la educación a distancia, y no existen motivos para pensar que la enseñanza online queda fuera de su ámbito (Xalabarder, 2009:234). De hecho, un análisis de los procesos de adopción del Convenio y sus enmiendas, demuestra que los educadores deben de aprovechar al máximo los medios de difusión que permiten las nuevas tecnologías (Ricketson y Ginsburg, 2006).

Por último, parece que el límite deja fuera de su ámbito a todo aquel profesor, alumno o ciudadano que decide utilizar Internet (pensemos en un blog, una *app*, una página web) con alguna finalidad didáctica pero que está dentro de lo que se considera educación oficial de acuerdo con el Convenio de Berna. Parece que para estos y para cualquier otro excluido o donde existen dudas, solo queda el amparo del límite de cita.

Es interesante preguntarse si los cursos universitarios impartidos por Internet, conocidos como MOOCs (*Massive Online Open Courses* por sus siglas en inglés), pueden beneficiarse del límite. Algunos de estos, impartidos en Estados Unidos por ejemplo, pero también desde otros países como Canadá o Francia, otorgan títulos o certificados, y son impartidos por Universidades reconocidas que ofrecen versiones online de cursos que forman parte de su currículo académica. Habrá que ver si las autoridades consideran estos certificados como "títulos oficiales" o no, y si las actividades educativas realizadas a través de Internet, que van dirigidas a un público más general que el matriculado de manera tradicional en una Universidad, reúnen las condiciones para ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza.

#### **4.5.3 Beneficiarios del límite.**

En la sección referente al límite de cita en el Convenio de Berna, en este mismo capítulo, se ha establecido que el límite de cita y el de ilustración de la enseñanza son dos límites diferentes y claramente definidos. El límite de ilustración de la enseñanza parece implicar una mayor amplitud en el uso que el acto de "citar", si bien el primero va dirigido a las actividades de enseñanza, lo que limita necesariamente los beneficiarios a los que va dirigido.

En el apartado inmediatamente anterior nos hemos referido a lo que el término "enseñanza" significa en el contexto del Convenio de Berna. Como vimos, el mismo incluye a determinado tipo de instituciones educativas, específicamente aquellas que llevan a la consecución de un título considerado como "oficial."

Dentro de la educación oficial se incluyen instituciones de educación básica como la universitaria, en instituciones públicas o privadas y también quedaba incluida la educación a distancia.

Ahora bien, por lo menos no existe duda que en base al art. 10(2) del Convenio de Berna no existe motivo para pensar que los alumnos quedan fuera del límite. Parece ser que el límite cubrirá a

todo profesor y alumno que enseñe o estudie en una institución de las consideradas como oficiales. Sabemos que la educación a distancia y online se encuentra dentro del ámbito del límite, pero queda la duda de si el beneficio del límite subsiste cuando la actividad educativa no se dirige a alumnos matriculados.

En concreto, queda por decidir si cuando la actividad educativa parte de una institución oficial, pero se permite su acceso abierto a través de Internet, quienes acceden a las clases pueden ser considerados como alumnos. Como hemos dicho, esta cuestión se presenta respecto de los MOOCs a los que nos hemos referido. Nos parece que la cuestión queda por decidir, sin embargo, al analizar los límites en el ámbito europeo y español, apuntaremos hacia dónde se está dirigiendo el derecho en este aspecto, de acuerdo con las tendencias que hemos podido apreciar.

#### **4.5.4 El límite de ilustración de la enseñanza en Berna en comparación con su adopción en los ordenamientos nacionales.**

Como se puede apreciar, el límite de ilustración de la enseñanza contenido en el Convenio de Berna es relativamente flexible, si bien no es del todo inclusivo respecto de las instituciones que pueden beneficiarse por el mismo. Es flexible en cuanto a los derechos exclusivos que limita, a los actos que permite realizar y al tipo de obras que permite utilizar así como a la cantidad y formas en que las mismas suelen ser utilizadas. Como regla general, aparte de que los actos deben realizarse con la finalidad de ilustración a la enseñanza y las limitaciones que esto implica, el límite solo se encuentra restringido por "la medida justificada de la finalidad que se persigue" y por los "usos honrados".

Como ya hemos apuntado, los países parte del Convenio no están obligados a adoptar un límite de ilustración de la enseñanza en sus ordenamientos nacionales. Berna simplemente les otorga abierta la posibilidad de hacerlo, especialmente facultándoles para adoptarlo. Por supuesto, si el límite no es de adopción obligatoria, mucho menos lo es la redacción flexible de Berna. La

consecuencia de esto es que en lugar de ser un instrumento flexible, el art. 10(2) es todo lo contrario. Para quien opte por adoptar este límite, solo le quedará ser más restrictivo que lo permitido en el Convenio de Berna, nunca más flexible.

#### **4.6 Cita e ilustración de la enseñanza en la Directiva 2001/29/CE (Infosoc).**

En materia de límites al derecho de autor, el art. 5 de la Directiva, al que ya nos hemos referido, contiene una lista exhaustiva de veintiún límites distintos. Solamente uno de ellos debe de ser adoptado de manera obligatoria (art. 5.1 que permite las reproducciones efímeras sin autorización del titular de los derechos). Los demás, que conciernen a los derechos de reproducción (art. 5.2), o de reproducción y comunicación pública (art. 5.3) son de adopción facultativa y en algunos casos, pueden ser extendidos al derecho de distribución en determinados casos, según lo establecido en el art. 5.4.

Los países miembros de la Unión son libres de adoptar, o no, tantos límites como deseen siempre que se encuentren dentro de la lista, excluido el de adopción obligatoria. Además, los países miembros tendrán libertad de implementación, tanto en el ámbito como en las condiciones, para introducir los límites que deseen en la legislación nacional, siempre eso sí, como la misma Directiva dispone, ajustándose a la regla de los tres pasos contenida en el art. 5.5 y que dispone que todos los límites de este art. 5 deberán aplicarse a determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

También será necesario detenernos en el artículo 6 que regula las medidas tecnológicas de protección en cuanto que afectan a todos los límites y sobre las cuales analizaremos lo que toca respecto de los de cita e ilustración a la enseñanza puesto que se dispone particularmente respecto de estos límites. Esto lo haremos en el siguiente capítulo.

El que los límites sean de adopción facultativa ha generado críticas por parte de la doctrina,



que piensa que esto afecta negativamente al intento de armonización que es uno de los fundamentos de la Directiva.

Algunos autores consideran que la adopción facultativa de ciertos límites hace imposible que exista uniformidad entre los límites adoptados por los distintos países miembros de la UE (Seville, 2009:53).

Otros opinan que la Directiva no contribuye a la armonización y en cambio propicia la proliferación de diferencias entre las leyes de los Estados Miembros. Un ejemplo claro de esto es la forma en que la Directiva ha elegido regular los límites al derecho de autor (Hugenholtz *et al.*, 2006:212). Esto ha llevado a Hugenholtz (2000:502) a afirmar que la Directiva es un documento ambiguo, mal redactado y presa del compromiso político.

Aquellos autores que encuentran méritos en la Directiva, suelen referirse casi exclusivamente a efectos positivos en el mercado único y la seguridad jurídica para el comercio en la Unión Europea, lo que es otro ejemplo de que los méritos de la legislación del derecho de autor se suelen juzgar en términos puramente económicos (Rosati, 2013:52-53), dejando de lado la defensa de derechos fundamentales y otros intereses públicos. Esto no puede dar muchas esperanzas sobre lo que se espera de los países miembros a la hora de adoptar límites y hacerlos flexibles para mejor asegurar la defensa de dichos derechos fundamentales e intereses públicos.

En lo que nos concierne, el derecho de cita aparece en el art. 5.3.d) como un límite a los derechos de reproducción y comunicación pública y que por lo tanto puede ser extendido al derecho de distribución. El art 5.3.a) limita los mismos derechos exclusivos en virtud de la ilustración con fines educativos o de investigación científica, es decir, se trata del límite de ilustración de la enseñanza.

#### **4.7 El límite de cita en la Directiva Infosoc.**

El art. 5.3.d de la Directiva otorga a los Estados miembros la facultad para poder limitar, a

título de cita, los derechos de reproducción, comunicación pública, y según lo establecido en el art.5.4 también se puede limitar el derecho exclusivo de distribución:

*"cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando estas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido."*

Cabe preguntarse si además de la finalidad de crítica o reseña, el límite de cita en la Directiva admite también finalidades similares. También es necesario determinar qué obras pueden ser citadas y qué derechos exclusivos se ven afectados por el límite de cita. De la misma forma, es necesario establecer qué sujetos pueden beneficiarse del límite de cita y cuál es la extensión permitida.

Hemos de resaltar también el requisito de que, cuando sea posible, será obligatorio indicar la fuente y el nombre del autor, lo que implica el respeto al derecho moral del mismo. Por su condición de inalienable, el derecho moral no puede verse afectado por un límite al derecho de autor.

#### **4.7.1 La finalidad del límite de cita según la Directiva Infosoc.**

En la versión en idioma español de la Directiva, la frase "...cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña..."<sup>16</sup>, parece categórica y da la impresión de solamente admitir la cita para dichas finalidades. Si consultamos la versión oficial en inglés<sup>17</sup> del mismo documento, nos encontramos con que el texto dice: "*quotations for purposes such as criticism or review*" que parece una frase más abierta pues "*such as*" traducido al español, significa "tal como."<sup>18</sup>

Si comparamos las redacciones en ambos idiomas, parece ser que en inglés "crítica o reseña" no son otra cosa que ejemplos y la cita admite entonces otros motivos similares, cosa que no podemos deducir tan fácilmente de la redacción en español, que difiere en esto del texto de la Directiva en otros idiomas.

<sup>16</sup> <sup>16</sup> El texto proviene de la versión oficial en español de la Directiva 2001/29/CE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>

<sup>17</sup> <sup>17</sup> Versión en inglés disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>

<sup>18</sup> <sup>18</sup> Vid. <http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=such%20as>

El estudio sobre límites hecho para la OMPI, redactado originalmente en inglés, nos dice que "*such as*", como aparece en la Directiva, implica que las citas también pueden utilizarse con fines educativos (o cualesquiera otros), ya sea durante una clase o más allá de esta, por ejemplo en una antología con fines educativos (Xalabarder, 2009:106). Existe una versión en español del mismo estudio que dice que "la expresión "*con fines de*" implica que "crítica o reseña" se citan como meros ejemplos"<sup>19</sup>; pero esta versión no contiene una explicación de porqué dicho término debe de ser entendido así, lo que nos lleva pensar que en la traducción la diferencia entre términos simplemente no se tuvo en cuenta.

Recurriendo a versiones en otros idiomas también resulta claro que la intención es que la crítica y reseña sean tomados simplemente como ejemplos; y que la cita puede tener otros fines y que estos pueden entenderse como incluidos dentro del límite por analogía.

La versión en italiano del art. 5.3.d) reza: "*quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna...*"<sup>20</sup> lo cual se traduce al español como: "cuando se trate de citas, **por ejemplo** con fines de crítica o de reseña..." La versión en francés está redactada de manera similar: "*lorsq'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue...*"<sup>21</sup> y se traduce como: "en el caso de las citas, **por ejemplo**, para fines de crítica o reseña..."

La versión en neerlandés deja claro que "crítica o reseña" se mencionan solo de manera orientativa, para poder hacer analogías: "*het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden...*"<sup>22</sup> y que puede traducirse como "las citas para fines de crítica o reseña, y **para fines similares...**"

---

<sup>19</sup> La versión en español está disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_19/sccr\\_19\\_8.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_8.pdf). La frase puede encontrarse en la página 116 de esta versión.

<sup>20</sup> La versión en italiano de la Directiva 2001/29/CE puede consultarse en: [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&type\\_doc=Directive&an\\_doc=2001&nu\\_doc=29&lg=IT](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&type_doc=Directive&an_doc=2001&nu_doc=29&lg=IT)

<sup>21</sup> La versión en francés puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML>

<sup>22</sup> La versión en idioma holandés puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:NL:HTML>

Como resulta de comparar versiones en distintos idiomas, queda claro que la Directiva permite expresamente que la finalidad de la cita sea cualquiera similar a la crítica o la reseña y no debe entenderse que el uso de una obra bajo el amparo del límite de cita solo puede realizarse para estos dos únicos fines.

Parece ser que la versión en español es simplemente inconsistente con las demás, y por lo tanto incorrecta. Se trata solamente de la redacción y no hemos podido corroborar que esta inconsistencia sea una preocupación en la Doctrina, pues al final así como un Estado miembro tiene la facultad de introducir este límite en su legislación o no, también tiene la facultad de redactarlo en sus propios términos y de acuerdo a su tradición jurídica (Guibault *et al.*, 2007:63).

Pese a esto, la adopción en el ordenamiento nacional será siempre igual de permisiva o más restrictiva que la versión que se encuentra en la Directiva, pues no puede en ningún caso extenderse más allá de lo que permite la Ley Europea. El que no se pueda asegurar siquiera que existe uniformidad en las redacciones en distintos idiomas, es un ejemplo más de los problemas que ha tenido la Directiva Infosoc a la hora de armonizar de manera efectiva la regulación de los límites al derecho de autor en los países del ámbito comunitario.

En el caso español, el derecho de cita ya existía antes de la transposición de la Directiva, pero también cabe preguntarse si una mala traducción no ha dado la impresión de que la Directiva confirma el que el límite de cita debe ser tan restrictivo como aparece en la LPI española. Sin duda, tomarse literalmente la versión en español no contribuye a interpretar la norma de manera flexible.

En la doctrina española que hemos consultado no hemos podido encontrar ejemplo alguno que permita sacar conclusiones respecto de si el texto en español de la Directiva pudo haber dado lugar a cierta confusión pero si hemos dado con un par que podrían indicar esto.

Para Casas (2004:13), el límite de cita contenido en la Directiva Infosoc es un precepto "totalmente abierto" y en cambio, dentro de la LPI española está sujeto a varias restricciones, una de

ellas de carácter finalista. Para el autor, el Borrador del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual ponía fin a esta restricción, manteniendo el condicionante finalista (análisis, comentario o juicio crítico) pero ampliándolo a "análisis, comentario, juicio crítico, reseña o un fin similar." Esta redacción fue finalmente rechazada en favor del texto actual que ya no admite el "fin similar" y además, establece la segunda restricción de que la cita debe tener fines docentes o de investigación. Aunque no deja de ser una conjetura, cabe preguntarse si efectivamente quienes han rechazado la redacción del borrador a la que hace referencia Casas, no se han amparado en el "error" que hemos encontrado en la versión en español de la Directiva.

En referencia a la cita en el Derecho español, Bercovitz (2006:101) nos dice que dada la redacción del art. 32 LPI, se puede entender "que la cita puede basarse en algo distinto al análisis, comentario o juicio crítico, lo cual es incorrecto y permite dar a la cita un contenido indeterminado."

Es cierto que el art. 32 LPI no contiene ningún matiz respecto de que su finalidad pueda ser para fines similares o análogos o que indique que el análisis, comentario y juicio crítico son ejemplos, pero si la versión en español de la Directiva Infosoc incluyera en su redacción frases como "*con fines similares*" o "*por ejemplo*" como las versiones en otros idiomas, ¿será que autores como Bercovitz admitirán al menos cierto lugar a que la finalidad de la cita se interpretara de manera más flexible?

Todo lo anterior no deja de ser una mera conjetura la cual es imposible de demostrar salvo que uno pudiera meterse en la cabeza del legislador y de los autores. Lo que sí está claro es que en la Directiva Infosoc el límite de cita no solo se limita a la crítica o reseña sino que también admite finalidades diferentes y que en cuanto a su condicionante finalista, se trata de un precepto abierto y flexible.

El Convenio de Berna admite que la cita se haga en la medida justificada por el fin que se persiga y la Directiva quizás ha querido especificar más la finalidad de la cita, pero no ha querido ser

taxativa, estableciendo en los fines de "crítica o reseña" y otros similares, un parámetro que sirva de guía al legislador nacional a la hora de adoptar el límite en su legislación. Así cualquier restricción a fines específicos es una restricción impuesta a nivel nacional y no directamente por la Directiva 2001/29/CE.

#### **4.7.2 Obras que pueden ser citadas según el límite de la Directiva Infosoc.**

El art. 5.3.n de la Directiva simplemente hace referencia a "*obras o prestaciones*" que pueden ser citadas. Con "*obras*", según su Considerando 12, la Directiva se refiere a cualquier obra protegida por el derecho de autor y por "*prestaciones*" se entienden los derechos afines al derecho de autor. En el caso de la Directiva, prestaciones son los derechos patrimoniales de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión o los tenedores de derechos sobre las llamadas meras fotografías.

La Directiva Infosoc permite la utilización de cualquier clase de obra o prestación siempre que la finalidad de la cita así lo justifique. La mayoría de los países europeos ha mantenido esta flexibilidad al transponer la norma, aunque en algunos casos se establecen fórmulas específicas que limitan el alcance de la cita dependiendo del tipo de obra, y en algunos casos se excluyen ciertos tipos de obras (Xalabarder, 2009:109).

En el caso español por ejemplo, el art 32.1 LPI solo permite citar fragmentos de algunos tipos de obras (de naturaleza escrita, sonora o audiovisual) y permite que se utilice la totalidad de una obra cuando esta es de carácter plástico o fotográfico figurativo y siempre que se utilice de manera aislada. En contraste, en el caso de Francia, la corte ha hecho una interpretación restrictiva del derecho de cita y no se permite esta sobre obras de arte o de carácter fotográfico pues se prohíbe la cita de la totalidad de una obra (Loc. Cit.)

Eso sí, es una condición que la obra o prestación utilizada "*se haya puesto ya legalmente a disposición del público*" lo que es un concepto más amplio que la publicación o la divulgación de la obra, que es la condición prevista en algunas legislaciones.

#### **4.7.3 Derechos exclusivos afectados por el límite de cita contenido en la Directiva Infosoc.**

Respecto de qué derechos exclusivos se ven afectados por el límite de cita en la Directiva Infosoc, al estar dentro de los límites del art. 5.3 sabemos que se afectan a los derechos de reproducción y comunicación pública, y si los países que han adoptado este límite así lo deciden, afectará también al derecho de distribución, en base a lo dispuesto en el art. 5.4 siguiente.

Aunque el derecho exclusivo de transformación no está reconocido explícitamente por la Directiva, la misma hace referencia entre los límites de su art. 5 a la parodia, caricatura o pastiche (art. 5.3 k) y resulta que la parodia implica necesariamente la transformación de la obra para que pueda realizarse (López Sánchez, 2008); por lo que parece que la Directiva también puede, si se interpreta ampliamente, admitir un límite a la transformación de las obras por lo menos en ciertos casos.

En nuestra opinión, que la Directiva no regule el derecho exclusivo de transformación quiere decir que los Estados miembros son libres de regular dicho derecho como deseen. Por lo tanto, pueden decidir establecer límites que le afecten y entre dichos límites bien puede estar el de cita.

El informe de Xalabarder (2009:108) nos dice que la mayoría de los Estados miembros eligen guardar silencio sobre los actos de explotación permitidos bajo el límite de cita y la mayoría se refieren simplemente al "uso" de obras o a la "cita" de las mismas. Solo algunos países como Alemania, Italia o Malta hacen referencia específica a actos de explotación. Recordemos que el Convenio de Berna permite además la traducción de las citas y países como Chipre u Holanda permiten expresamente este acto. Respecto de la traducción, es factible que los tribunales de los

países que no hacen referencia a actos específicos, interpreten como válida la traducción de fragmentos de obras citadas. Para nosotros, esto implica que es posible que el límite de cita afecte también al derecho de transformación por lo menos en lo que respecta a la mencionada traducción.

Recordemos que aunque la Directiva no menciona a los derechos morales, en los países en que estos son reconocidos, será necesario que toda traducción se haga respetando a la integridad de la obra citada.

En los países en los que solo se menciona a la traducción y no se hace otra alusión al derecho de transformación, y en los países en que se guarda silencio sobre todo acto de explotación, cabría pensar que el legislador deja abierta la puerta a que el límite implique cualquier acto de explotación. La Directiva hace referencia a obras y prestaciones, lo que implica que la cita limita también los derechos exclusivos de los titulares de derechos conexos al derecho de autor.

No hay nada en la redacción del art. 5.3.d) que sugiera que la cita no es válida en el ámbito online o que el derecho de cita no esté pensado para incluir también a las obras digitales y ciertamente el que se permita afectar por lo menos a la reproducción y a la comunicación pública es un claro indicador de esto pues estos dos actos son básicos para el uso de obras en línea. Si se quiere digitalizar una obra, o un fragmento de la misma será necesario un acto de reproducción y el utilizarla en Internet supondrá la comunicación pública de la obra.

Por otro lado, el Considerando (44) de la Directiva parece dejar claro por qué el art. 5.3.d) guarda silencio: se ha optado porque sean los Estados miembros los que reflejen “...*debidamente el creciente impacto económico que pueden tener (las excepciones o limitaciones) a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas...*” En otras palabras, se permite que un Estado miembro limite el uso online de la cita si considera que el impacto económico de la misma será negativo para el mercado. Será



necesario que lo dispuesto en relación con las citas en el mundo online se ajuste a la regla de los tres pasos.

#### **4.7.4 Extensión posible de la cita según la Directiva Infosoc.**

La Directiva Infosoc supedita la extensión permitida de la cita a la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido e imponiendo como condición que "se haga buen uso" de las obras o prestaciones citadas. Se evita así establecer un sistema de tasación o excluir definitivamente el uso de obras completas optando en cambio por permitirlo si existe justificación para ello.

El "hacer buen uso" de la obra o prestación nos remite a los "usos honrados", expresión, que como ya vimos, se utiliza en el Convenio de Berna para limitar el derecho de cita y el que la cita deba hacerse en función de la finalidad específica perseguida también remite al art. 10(1) del Convenio.

Esto implica que es necesario respetar los intereses legítimos del autor o tenedor de los derechos y no afectar la explotación normal de la obra. Lo anterior, y el hecho de que el mismo concepto de cita ya implique de por sí una limitación en cuanto a la extensión que puede utilizarse, no debe de ser entendido como un limitante a que se pueda utilizar un fragmento extenso de una obra, por ejemplo el capítulo de un libro, o incluso la obra en su totalidad pues no parece haber nada en la Directiva que indique lo contrario, ni siquiera las restricciones de las que hablamos. Si somos demasiado restrictivos en la interpretación, prácticamente ningún uso, sea cual sea su extensión, cabrá dentro del concepto de cita pues se podría entender que cualquier ventaja económica asociada al uso de obras ajenas como cita afectará a la explotación normal de la obra (Ortega Díaz, 2005:85).

La cita en la Directiva 2001/29/CE tampoco supedita la extensión de la misma al tipo de obra del que se trata, si bien esta restricción puede encontrarse en algunos ordenamientos nacionales, como el español, en donde se permite la utilización de ciertas obras al completo mientras que se limita la extensión de lo que puede ser tomado de otros tipos de obras.

#### **4.7.5 Sujetos que pueden beneficiarse del límite de cita.**

El límite de cita del art. 5.3. tiene como beneficiarios a los ciudadanos en general evitando en todo caso mencionar a destinatarios específicos. Creemos que el dejar la cita abierta a todo tipo de personas es lo correcto pues recordemos que la cita existe para proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión o el acceso a la información.

Uno de los beneficios de considerar que el límite de cita se dirige a todos los ciudadanos se manifiesta directamente en el uso de obras para actividades educativas: En aquellos ordenamientos nacionales en donde el límite de ilustración de la enseñanza es más restrictivo, el derecho de cita será fundamental para las actividades educativas, (Xalabarder, 2009:105), por ejemplo en los casos en donde el límite de ilustración de la enseñanza no cubre cualquier tipo de actividad educativa o es en general, demasiado restrictivo.

Cuando se logra que ambos límites sean complementarios, indudablemente se benefician los derechos a la educación y acceso a la cultura, además de los ya mencionados de acceso a la información y libertad de expresión.

#### **4.7.6 Estados miembros que han adoptado el límite de cita en sus ordenamientos internos.**

En todo caso, son los Estados miembros los que pueden elegir adoptar o no el derecho de cita y qué tan restrictivo o flexible será el mismo. El excelente estudio de Xalabarder (Ibíd.:105-107), ya citado, e contiene una encuesta entre los países miembros en donde se muestra que todas las legislaciones nacionales que siguen el sistema del derecho civil a nivel europeo han optado por adoptar el límite de cita.

A pesar de la uniformidad en la adopción del límite, la forma en que este aparece en las distintas legislaciones no es homogénea. Austria, Chipre, Alemania, Liechtenstein, Suiza, Dinamarca, Noruega, o Suecia han adoptado un derecho de cita abierto y que no se refiere a

finalidades específicas. Otros países mencionan finalidades específicas para la cita y algunos incluso mencionan finalidades de educación e investigación científica. Entre estos está España y países como Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Malta, Bulgaria, Rumania, Eslovenia o Croacia.

En los países del *Common Law* como el Reino Unido o Irlanda tradicionalmente se han permitido las citas al ser consideradas como *fair dealing*. En el caso específico de este país, a raíz de una reforma de su ley de copyright, que entró en vigor el 1 de junio de 2014, se habla específicamente de la cita y además de la condición de que la misma sea considerada como *fair dealing* y se exigen como requisitos nombrar la fuente y el autor, que la obra se haya puesto a disposición del público y que la extensión de la cita sea la requerida por el objetivo específico perseguido (§ 30(1) del CDPA inglés de 1988).<sup>23</sup>

Con esto se busca un mayor acercamiento a lo dispuesto por la Directiva y otros países europeos. El límite se aplica en general a cualquier obra literaria, dramática, musical o artística, grabación, ejecución o retransmisión y como es característica del copyright no se limita la extensión de la cita ni los derechos de explotación que pueden verse afectados. Tampoco se habla de un destinatario específico y la cita puede realizarse para fines tanto comerciales como no comerciales.

En general, parece que ningún país del entorno europeo se desvía demasiado de la Directiva respecto del límite de cita se puede calificar a las diferencias entre las legislaciones nacionales al establecer el límite como peculiaridades menores (Westkamp, 2007:44).

No se trata de un detalle menor. Aunque parece que todos los países del entorno europeo tienen un límite de cita, la falta de uniformidad en las condiciones para acogerse al límite de cita, en particular en cuanto a la extensión; y también en cuanto a quiénes pueden beneficiarse de dicho límite, puede resultar en una falta de uniformidad en la protección de la libertad de expresión en el

---

<sup>23</sup> En Irlanda, la disposición equivalente es la § 51(1) del *Copyright and Related Rights Act* de 2000.

entorno europeo. Dicha falta de uniformidad en las legislaciones nacionales no es suficiente para garantizar la libertad de creación entre ciudadanos de la Unión Europea (Chirvase, 2013:17).

Hugenholtz y Sentfleben (2011:11) nos refieren al caso alemán: el Código de propiedad intelectual de dicho país establece un límite que permite citas con una duración limitada pero la Suprema Corte de dicho país ha dictaminado que en virtud del art. 5(3) de la Constitución, que contiene la libertad a la expresión artística, el límite de cita debe de ser interpretado de manera amplia.

En contraste con lo anterior, en otros países europeos la cita puede ser interpretada de manera más flexible, pero también de manera mucho más restrictiva y en donde la protección de la libertad de expresión o creación puede verse mermada. Tomemos el caso de Italia, por ejemplo, en donde Mazziotti (2011:9) denuncia que su país, a pesar de tener un límite de cita, este es comparativamente mucho más restrictivo que el establecido en otros Estados miembros.

En el caso del uso de obras a título de cita en Internet, es indispensable que exista mayor uniformidad entre la regulación de los Estados miembros pues hemos de recordar que el uso de obras en internet muchas veces trasciende las fronteras de los distintos países. Una falta de uniformidad en la regulación de límites como el de cita, que protegen derechos como la libertad de expresión, pone en riesgo el que todos los ciudadanos de la Unión Europea gocen de igual protección en cuanto a sus derechos fundamentales.

Esto nos parece especialmente grave, pues la zona de la Unión Europea siempre ha sido considerada como un ejemplo en la protección de la democracia y los derechos fundamentales. Una falta de uniformidad en la garantía de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, respecto del uso de contenidos protegidos, debe de ser evitada.

#### **4.8 El límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc.**

La Directiva Infosoc se refiere explícitamente al límite de ilustración para la enseñanza en su exposición de motivos. El Considerando (14) establece la aspiración de la Directiva de fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, pero "permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes."

La Directiva contiene un límite específico de ilustración de la enseñanza, completamente distinto del límite de cita, si bien la cita por supuesto puede ser utilizada en actividades educativas y de investigación.

Como sucede con el límite de cita, la adopción por parte de los Estados Miembros de este límite de ilustración de la enseñanza es de carácter optativo. El límite está contenido en el art. 5.3.a) de la Directiva:

*“Cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.”*

En el texto podemos apreciar varios elementos. El primero que mencionaremos es que al igual que sucede con la cita, es necesario que se haga todo lo posible por indicar la fuente, con inclusión del nombre del autor, para que una utilización que tenga por objeto la ilustración de actividades educativas o de investigación científica esté exenta de contar con la autorización del titular de los derechos y no pueda considerarse que se infringen los derechos del autor o tenedor de los derechos sobre la obra utilizada.

Al igual que hemos hecho con el límite de cita será necesario preguntarnos cuál es el alcance de este límite.

#### **4.8.1 Actos de explotación permitidos por el límite de ilustración de la enseñanza.**

Este límite, al igual que el de cita, se encuentra dentro del art. 5.3 de la Directiva por lo que está claro, como acabamos de decir, que limita los derechos exclusivos de reproducción y

comunicación pública, incluyendo la puesta a disposición del público; y también, podrá incluir actos de distribución cuando los Estados miembros así lo decidan establecer en sus legislaciones nacionales.

Tal y como hemos apuntado cuando nos hemos referido a los actos de explotación que se ven afectados por el límite de cita, si interpretamos lo dispuesto en la Directiva Infosoc de manera amplia, existe la posibilidad de que el derecho de transformación también pueda verse afectado. Como ya hemos apuntado, parece que la Directiva no entra a regular el derecho de transformación, lo que resulta en la posibilidad de que los ordenamientos nacionales regulen lo referente a los límites a este derecho de explicación. Un país bien puede elegir limitar dicho derecho a título de ilustración de la enseñanza en su legislación de derecho de autor.

No existe nada en la Directiva Infosoc que haga pensar que el límite no se aplique en el ámbito online. Aunque se habla de ilustración con fines educativos o de investigación científica, no se dice que estas actividades deberán ser realizadas de manera presencial o estrictamente dentro del aula. De hecho, el Considerando (42) de la Directiva incluye expresamente a la educación a distancia dentro del ámbito del límite pero no hace una mención expresa a que este concepto incluya la educación a través de Internet (Monroy Rodríguez, 2010:198).

El art. 5.3 de la Directiva permite a los Estados miembros exentar de autorización cualquier acto de reproducción o comunicación pública que sea necesario para la enseñanza online. El derecho de puesta a disposición del público, contenido dentro del derecho de comunicación pública, implica que las obras podrán hacerse disponibles al público a través de Internet, lo cual es un claro indicador de que no solo este, sino todos los límites del 5.3 están pensados para aplicarse en el ámbito online.

Al mismo tiempo, un Memorándum Explanatorio de la propuesta inicial de la Directiva (de 1997) deja clara la intención del legislador europeo de que el límite incluya la educación a distancia a través de medios digitales:

“no incluye solamente formas tradicionales de utilizar material protegido, como por ejemplo a través de medios impresos o retransmitidos, también podría utilizarse para exentar ciertos usos en el contexto de la puesta a disposición de obras bajo demanda...” (Xalabarder, 2004:7).

Al parecer, todos los actos necesarios para utilizar una obra para la ilustración de actividades educativas o de investigación están cubiertos por el límite pero en la opinión de la autora no está claro si las descargas de las obras transmitidas a Internet por los estudiantes pueden beneficiarse de este mismo límite. La única forma de determinar si esto es posible es mediante la aplicación de la regla de los tres pasos (Ibíd.:8). De hecho, es posible que el límite de ilustración de la enseñanza permita la puesta a disposición online de obras para su acceso y descarga por parte del alumno, incluso de obras completas, siempre que se cumplan con los requisitos impuestos por la Directiva y se cumpla también con la regla de los tres pasos (Torremans, 2009:389).

Creemos que es deseable una interpretación de este límite que permita que los actos de explotación referidos estén exentos en el ámbito online y ciertamente debería de permitirse la puesta a disposición online pues es una herramienta muy útil en la educación contemporánea. Entendemos el peligro que puede representar para el autor el que el estudiante abuse de una excepción que permite la descarga de obras puestas a disposición por un profesor, pero esto no debe ser pretexto dichas puestas a disposición se dejen fuera del ámbito del límite.

Xalabarder (2004:6) señala que la Directiva deja a los Estados miembros decidir si la digitalización de obras con fines educativos o de investigación científica está o no permitida. Hablamos de, por ejemplo, escanear un libro o convertir a formato digital una cinta de archivo en VHS. La Directiva, como el límite en el Convenio de Berna, no supedita el beneficio del límite al medio tecnológico en que se lleven a cabo los actos de reproducción o comunicación pública pero guarda silencio acerca de la digitalización, que no se menciona ni en los Considerandos, como en el caso de la educación a distancia.

Si tomamos en cuenta que la digitalización de obras implica una transformación de las mismas, entonces cabría preguntarse si el silencio de la Directiva en este aspecto se debe a que el derecho exclusivo de transformación y sus límites no han sido objeto de la armonización. De ser así, se podría decir que el legislador europeo ha dejado en manos de los legisladores nacionales el decidir si se permite o no la digitalización de obras con fines de enseñanza e investigación.

#### **4.8.2 Obras que pueden ser utilizadas bajo el amparo del límite de ilustración de la enseñanza.**

En lo que respecta al art. 5.3.a) de la Directiva, el límite de ilustración de la enseñanza no excluye la utilización de ningún tipo de obra, sea esta análoga o digital, siempre que el uso tenga las finalidades de ilustración con fines educativos o de investigación científica, se cite la fuente y nombre del autor y por supuesto, se haga en la medida de la finalidad no comercial perseguida y se cumpla con la regla de los tres pasos: pues se entiende que el cumplimiento de esta "es suficiente para no alterar el equilibrio de intereses (Moreno Martínez, 2011:418).

Un ejemplo de cómo la regla de los tres pasos opera respecto de este límite es el siguiente: en el texto del 5.3.a) no se menciona expresamente la necesidad de que la obra utilizada a título de ilustración de la enseñanza o investigación deba haber sido previamente puesta a disposición del público por parte del autor o persona autorizada para ello. Sin embargo, si no se cumple con este requisito, la utilización de la obra afectaría a los intereses legítimos del autor lo que daría lugar al no cumplimiento de la regla (Papadopoulou, 2010: 17).

La Directiva también permite el uso de obras destinadas principalmente para la educación (como los manuales universitarios) y también las obras creadas por profesores y alumnos. Dichas utilidades deben entenderse cubiertas por este límite (Xalabarder, 2004:9). Pese a lo anterior, al igual que sucede con el límite de cita, es posible que las legislaciones nacionales decidan excluir ciertos tipos de obras del beneficio de este límite. Así sucede, por ejemplo en España, (art. 32 LPI)



en donde no se permite el uso de libros de texto o manuales universitarios bajo el amparo del límite de ilustración de la enseñanza.

#### **4.8.3 Extensión de la utilización permitida por el límite de ilustración de la enseñanza.**

La Directiva no limita la extensión en la utilización de las obras amparadas por el límite, optando por supeditar la extensión en el uso de la obra a ciertos requisitos, tal y como hace en la regulación del límite de cita. Esto quiere decir que puede utilizarse parte de una obra o incluso una obra completa siempre y cuando se haga en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida. Será necesario cumplir con los cualquier requisito establecido en el artículo correspondiente y cumplir con la regla de los tres pasos, lo que implica, entre otras cosas, que la obra utilizada haya sido previamente divulgada, si bien este requisito no esté establecido expresamente en el 5.3.a), tal y como ya hemos dicho.

Cabría preguntarse si la condición finalista contenida en el artículo limita la extensión de la obra que puede ser utilizada, pues se habla de "*ilustración* con fines educativos o de investigación científica." Esta finalidad de ilustración debe interpretarse lo más ampliamente posible. Sobre todo si comparamos el límite del 5.3(a) con el de cita, es de asumirse que el límite dirigido a la enseñanza e investigación, más restrictivo en cuanto a sus beneficiarios y a su finalidad que la cita, permite mayor flexibilidad en cuanto a la naturaleza, y especialmente en cuanto a la extensión del uso (Torremans, 2009:384).

Parece claro que, salvo las condiciones arriba mencionadas, la Directiva no busca limitar la extensión en el uso de obras con fines de ilustración de la enseñanza e investigación científica. Pese a esto, algunos Estados Miembros han optado por ser más restrictivos a la hora de adoptar el límite, restringiendo, entre otras cosas, la extensión de la utilización de obras ajenas.

#### **4.8.4 Beneficiarios del límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc.**

El límite, según aparece en la Directiva, va dirigido a un grupo concreto de ciudadanos y no a la sociedad en general, puesto que los beneficiarios son aquellos a que realizan actividades educativas o de investigación.

Será importante establecer si el límite va dirigido a cualquier persona que realice actividades educativas y de investigación o, como se hace en el Convenio de Berna, se dirige a instituciones e individuos específicos. También será necesario intentar establecer si entre los destinatarios individuales se encuentran incluidos tanto profesores como alumnos.

Definir lo anterior es particularmente importante pues recordemos que el sistema de límites de la Directiva establece un grado máximo de permisividad, pues un Estado no puede adoptar un límite más amplio que el que aparece en la Directiva (Ghindini y Carli, 2013:8), solo puede restringirlo aún más.

Según el Considerando (42) de la Directiva "*la estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate*" no son factores a tener en cuenta a la hora de determinar a los beneficiarios. Aunque se impone que el uso en cuestión debe perseguir una finalidad no comercial, la "*naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí.*"

Para Moreno Martínez (2011:411-413) esto quiere decir que el legislador comunitario no determina quienes son los beneficiarios y la única limitación se basa en el objeto del uso, es decir, la finalidad educativa que debe de ser una actividad no comercial pues "no constituye ningún tipo de obstáculo para el desenvolvimiento de la limitación docente que la misma se suscite al amparo de un centro público o privado educativo", o como dice la Directiva, no son relevantes los medios de financiación de la Institución.

Xalabarder (2009:83) coincide con Moreno Medina. En su opinión, la Directiva deja a los Estados miembros decidir qué instituciones pueden beneficiarse del límite. No es relevante la

categoría de la Institución (si es de educación básica, una Universidad, etc.) o cuál es su naturaleza, es decir, si se trata de una institución pública o privada, con o sin ánimo de lucro. El factor relevante para determinar al beneficiario es el propósito "no comercial" de la actividad educativa específica

En esto último conviene hacer hincapié pues lo relevante no es si la Institución persigue el lucro o no. Lo que realmente importa a la Directiva es si la actividad educativa específica, ese uso de una obra para la ilustración con fines educativos o de investigación científica, es hecha o no con una finalidad comercial.

Con base en lo dicho anteriormente, no habrá objeción alguna para que Instituciones que solo imparten educación a distancia, online o a través de otros medios queden fuera del ámbito del límite, pues para la Directiva no existen calificaciones en este sentido en cuanto a cómo y dónde deben realizarse las actividades educativas o de investigación científica de los beneficiarios.

Pero, ¿el que la actividad educativa deba tener una finalidad no comercial excluye a toda actividad educativa que se hace sujeto al pago de alguna cantidad? Xalabarder (2004:9) opina que no es así pues la Directiva no solo permite usos con finalidades educativas o de investigación exentos de cualquier tipo de compensación para el tenedor de los derechos exclusivos. Por el contrario, el límite es lo suficientemente amplio como para permitir cualquier tipo de actividad económica sin fines comerciales mediante la adopción, por parte de los Estados miembros, de sistemas de compensación para dichos tenedores de derechos.

La Directiva ofrece la posibilidad de establecer una remuneración para los titulares de derechos por los usos que se permiten bajo las limitaciones contenidas en el artículo 5 de la Directiva (Guibault, *et al.*, 2007:44).

El Considerando (35) de la Directiva establece que "*en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarlo adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o creaciones protegidas.*"

El Considerando (36) abre la posibilidad de establecer dicha compensación equitativa para el límite de ilustración de la enseñanza y cualquier otro límite de adopción facultativa contenido en el art. 5: *"Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación."*

El que una actividad educativa se realice en contraprestación a un pago no necesariamente implica que sea una actividad con finalidad comercial. Es cierto que la mayoría de las actividades educativas, clases y cursos impartidos no se hacen gratuitamente. Se suelen cobrar cuotas (colegiatura, tasas por créditos académicos, etc.), pero esto no quiere decir que exista una finalidad comercial detrás de dicho cobro pues puede ser que no haya intención de lucro detrás de la actividad.

Las organizaciones sin ánimo de lucro e instituciones similares que realizan actividades educativas por ejemplo, bien pueden cobrar cantidades pero utilizarlas para sufragar gastos o para su sostenimiento, sin que esto signifique *un beneficio al final del ejercicio*, y sin que busquen explotar comercialmente sus actividades educativas, o de investigación científica si fuera el caso. Puede ser que su finalidad sea una finalidad social, altruista o cualquier otra distinta de la búsqueda del lucro a través de la actividad comercial.

La Directiva Infosoc también busca que los Estados miembros cumplan con lo dispuesto en el Convenio de Berna. Debido a esto, solo aquellas instituciones incluidas en el término “enseñanza” de dicho Convenio están incluidas en el límite de la Directiva, puesto que un Estado miembro de la Unión Europea no puede adoptar medidas que sean menos restrictivas que lo dispuesto en Berna (como tampoco puede ser más flexible que la Directiva).

A nivel europeo, aunque no se descarten a las instituciones privadas, debe entenderse que las instituciones que no llevan a la consecución de un título considerado como “oficial” quedan fuera del beneficio del límite.

Por último es necesario apuntar que el límite en cuestión no se dirige solamente a Instituciones y su beneficio también se extiende a las personas físicas. Al mismo tiempo, el límite no va dirigido a ciertos individuos dentro de las instituciones sino a cualquiera que realice una actividad educativa. Así, a diferencia de lo que sucede en algunas legislaciones nacionales, no se deja fuera del beneficio del límite al alumnado. El silencio del artículo a este respecto parece apuntar a esta conclusión y tanto profesores como alumnos podrán beneficiarse del límite, siempre que se cumpla con el resto de requisitos establecidos.

Debido a la influencia del Convenio de Berna, sin embargo, el límite no puede ser considerado tan inclusivo con los individuos como parece. Lo dispuesto en Berna también implica que a nivel europeo se tendrá que dejar fuera a todo aquel ciudadano, que bien puede ser un profesor o un alumno, que decide utilizar un blog, una aplicación para teléfono móvil o una web con alguna finalidad didáctica (por poner unos ejemplos), pero que lo hace fuera del ámbito de las instituciones educativas incluidas dentro del beneficio del límite.

#### **4.8.5 Países europeos que han elegido adoptar este límite.**

Afortunadamente, parece ser que la mayoría de los países del espacio de la Unión Europea han optado por adoptar un límite que permite el uso de obras con finalidad educativa, reconociendo así la importancia social y de interés público que tiene esta finalidad para todos los ciudadanos del espacio europeo.

Los países que siguen el sistema del derecho civil han adoptado el límite de ilustración de la enseñanza. Hablamos de países como Alemania, Francia, España, Portugal o Italia. Países como Reino Unido e Irlanda, cuya tradición es el *Common Law*, cuentan con disposiciones de *fair dealing* que contemplan fines de investigación y estudio, y también se puede decir que son cercanas a lo dispuesto en la Directiva (Xalabarder, 2009:61).

Desafortunadamente, lo anterior no implica que exista uniformidad en la forma en que se ha

adoptado el límite. Tal y como hemos dicho respecto del límite de cita, esto va en detrimento de la finalidad de armonización de la Directiva pues como ha sucedido con la mayoría de los límites de adopción facultativa, este límite ha sido implementado de formas muy diferentes en cada uno de los Estados Miembros (Guibault *et al.*, 2007:49).

Ciertos países europeos son mucho más restrictivos en la implementación, ya sea en los usos que se permiten o en los beneficiarios del límite. Además, parece que la educación a distancia online no ha recibido el trato adecuado y en la mayor parte de los casos ha quedado excluida de la regulación doméstica, ya sea por la forma en que se ha definido el ámbito que cubre el límite de ilustración de la enseñanza, en cuanto al lenguaje utilizado o bien porque simplemente las legislaciones nacionales no se refieren expresamente a la educación a distancia.

Recordando que las actividades online implican necesariamente actos de reproducción y comunicación pública, nos encontramos con que algunos Estados miembros solo han dejado exentos actos de reproducción con fines de ilustración de la enseñanza (es el caso de Austria, Bélgica o el CPDA de Reino Unido) pero no han limitado el derecho de comunicación pública y tampoco mencionan el derecho de distribución (Xalabarder, 2004:11).

En otros países, como Dinamarca o Grecia, pese a limitar tanto la reproducción como la comunicación pública para propósitos educativos, no está claro si la educación a distancia está comprendida dentro del ámbito del límite. En cambio, en los Países Bajos o Alemania, la legislación permite la educación a distancia a través de Internet. Un ejemplo más, Italia, parece permitir actos de reproducción y comunicación pública con fines educativos, pero la doctrina de dicho país ha denunciado que el límite suele aplicarse de una forma demasiado restrictiva y ningún tipo de utilización online parece estar permitido (Mazziotti, 2011:9).

En España, caso que estudiamos con más detenimiento a continuación, se habla de “*ilustración de... actividades educativas en las aulas...*” (art. 32 LPI), lo cual deja serias dudas sobre

si se el límite se aplica a los medios online a pesar de que expresamente se permiten actos de reproducción, distribución y comunicación pública.

En vista de lo anterior, no en todos los países de la Unión Europea se puede hablar de que la educación a distancia y a través de Internet está bajo el amparo del límite.

Dada la naturaleza de Internet, que como sabemos traspasa fronteras, esta puede ser una importante discrepancia entre los distintos países. Esto puede ser un quebradero de cabeza y resultar en una situación de inseguridad jurídica.

Mientras que es posible que un uso para actividades educativas esté protegido en todos los países por igual, el mismo uso podría dejar de estarlo en algunos de ellos al trasladarse al ámbito online. Como estos contenidos son potencialmente accesibles desde cualquier país, esto puede traer consecuencias jurídicas inesperadas para una institución, profesor o alumno que realice los actos en cuestión, si en su legislación nacional se permiten las actividades educativas online pero en el país de origen del contenido los derechos exclusivos no están limitados en el ámbito online.

No cabe duda que para la Directiva, la educación a distancia y la educación online están cubiertas por el límite pero como vemos, no es el caso en las legislaciones nacionales.

Por ello, se hace necesario que la Unión Europea tome medidas para armonizar más profundamente el límite de ilustración de la enseñanza en este aspecto para que exista mayor seguridad jurídica a la hora de realizar actividades educativas a distancia y online, que sin duda serán cada vez más importantes en la educación impartida en todos los niveles.

Algunos países también han optado por restringir el uso en cuanto al tipo de obras que pueden ser utilizadas y la extensión en que las mismas pueden usarse sin requerir la autorización del titular.

Legislaciones como la española (art. 32.2 LPI) permite la utilización de "*pequeños fragmentos*" de ciertas obras, aunque también permite la utilización al completo de ciertos tipos de

obras, siempre que esto se haga de forma aislada. Al mismo tiempo, se prohíbe expresamente la utilización de obras creadas para fines educativos (libros de texto y manuales universitarios específicamente).

Francia, por su parte, permite que se utilicen "*extractos de obras*", sin incluir a obras hechas con fines educativos o las partituras musicales (art. L122-5e) del *Code de la Propriété Intellectuelle* (Versión consolidada del 1 de enero de 2014).

Mientras tanto, en Italia se permite el resumen, la cita o la reproducción de fragmentos para fines educativos y de investigación científica, permitiendo además la comunicación pública de ciertas obras determinadas (art. 70 de la Ley del 22 de abril de 1941 sobre la protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio).

Otros, como Alemania, permiten el uso de "pequeños fragmentos" de obras o artículos individuales de publicaciones periódicas y supeditan el uso de obra creadas con fines educativos y obras cinematográficas a la autorización expresa del autor quien debe recibir una compensación equitativa por el uso. Los Países Bajos permiten, siempre que se cumplan unas condiciones específicas, que las instituciones educativas utilicen obras para hacer antologías o recopilaciones con fines educativos. Lo que el límite permite puede variar grandemente entre países (Guibault *et al.*, 2007:49).

En cuanto a los beneficiarios, varios Estados miembros han sido más restrictivos que la Directiva. España solo incluye dentro del límite a lo que define como "*profesorado de la educación reglada*" en su art. 32 LPI, lo que constriñe el límite a ciertas instituciones específicas pero además deja fuera del mismo a los alumnos. La legislación de derecho de autor Alemana, en su art. 52.a habla de "*instituciones privilegiadas*" (Loc. Cit.), mientras que Francia no menciona a ninguna Institución específica, mencionando además expresamente a alumnos, estudiantes, profesores o



investigadores dentro del ámbito del límite (art. L-122-5e) del *Code de la Propriété Intellectuelle* (Versión consolidada del 1 de enero de 2014).

Podríamos comparar cómo se ha implementado la Directiva en los distintos Estados miembros uno a uno, pero no es objetivo de esta tesis y existen ya trabajos de referencia como los de Ricketson, Xalabarder y el reporte hecho por Guibault, Westkamp y sus colegas, todos ya citados en las páginas anteriores. Con los ejemplos anteriores solo pretendemos evidenciar que la armonización no se ha producido y el límite de ilustración de la enseñanza ha tomado varias formas, algunas más restrictivas que otras, por lo que no existe uniformidad alguna.

Si algún uso con fines educativos o científicos trasciende las fronteras de un país determinado, no existe seguridad jurídica suficiente de que dicha utilización estará efectivamente cubierta por el límite de ilustración de la enseñanza en todos los países de la Unión Europea. Las diferencias en cuanto a la naturaleza y extensión del uso y en cuanto a los beneficiarios del límite, así como con respecto de si el límite se extiende o no a la educación a distancia y online propician esta situación.

Las diferencias también tienen como consecuencia que las libertades de expresión e información, el derecho a la educación y su fomento junto con el de la investigación científica, no reciban una protección uniforme a nivel europeo, al igual que sucede respecto del límite de cita.

#### **4.9 Límites de cita e ilustración de la enseñanza en el Derecho español.**

Utilizar obras de otros es una parte central en las actividades académicas y educativas, por lo que es necesario que los límites previstos en la legislación sean flexibles y lo suficientemente amplios para permitir que dichos usos sean posibles de forma que se permita aprovecharlos al máximo para la educación y la investigación. En la actualidad, también es necesario que la Ley permita que dichas actividades se trasladen al ámbito de las nuevas tecnologías e Internet.

Tanto el Convenio de Berna, como el Tratado ADPIC, los Tratados de la OMPI y la

mencionada Directiva Europea, imponen a los países vinculados por los mismos, la obligación de adaptar sus legislaciones nacionales para adoptar nuevos límites a los derechos exclusivos; o para modificar los ya existentes. Un ejemplo de lo anterior es precisamente la adición del límite de ilustración de la enseñanza en la LPI española, que ha sido consecuencia de su adecuación a la Directiva Infosoc a través la Ley 23/2006, de 7 de julio, que a su vez busca la implementación de las disposiciones de los Tratados de la OMPI en el ámbito europeo.

A los países también se les ha exigido adoptar disposiciones referentes a las medidas tecnológicas de protección y asegurarse de que los límites cumplan con lo dispuesto por la regla de los tres pasos.

Es particularmente necesario analizar qué se ha establecido respecto de los límites y excepciones en los ordenamientos nacionales pues es la regulación que afecta directamente a los ciudadanos y por lo tanto, la “primera línea de batalla”, por decirlo de alguna manera, del equilibrio, o falta del mismo, entre los intereses de los usuarios y el de los tenedores de los derechos de autor.

Los mismos ordenamientos nacionales han reconocido por sí mismos la importancia de contar con límites para la protección de los derechos exclusivos, y particularmente han sido sensibles a la necesidad de contar con límites en favor de la educación y la investigación. En España, por ejemplo, el límite de cita se encuentra previsto en la legislación desde mucho antes de la aparición de la Directiva Europea de 2001. Los países europeos en general han demostrado reconocer la importancia del asunto pues eventualmente han intentado cumplir con la Directiva.

Decimos “intentado cumplir” porque como ya hemos mencionado, uno de los graves problemas de la Directiva es que no ha logrado una verdadera uniformidad en cuanto al establecimiento de los límites en los ordenamientos particulares. Ya hemos resaltado la falta de uniformidad que existe respecto de los límites de cita e ilustración de la enseñanza e investigación. Existe una protección desigual de ciertas libertades fundamentales entre los distintos países debido a

que los límites se han regulado de manera dispar. La armonización que busca la referida Directiva Infosoc está muy lejos de conseguirse y existen grandes diferencias entre los distintos países miembros de la Unión Europea.

A continuación, analizamos el estado de los límites de cita e ilustración de la enseñanza en el Derecho interno español, concretamente a la luz de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual.

Analizaremos además un caso práctico, enmarcado dentro de la Ley de Propiedad Intelectual y veremos los problemas que la regulación vigente presenta a la hora de intentar utilizar contenidos digitales dentro del ámbito de la educación e investigación universitaria en España.

#### **4.10 El límite de cita en la LPI española.**

El límite de cita es de suma importancia para la protección de la libertad de expresión en la sociedad y también lo es para el derecho a la educación. Desde la doctrina española, y desde la legislación, se ha reconocido dicha importancia: “El derecho de cita es una institución fundamental en el derecho de autor, y a la vez, una institución fundamental en el derecho de acceso a la cultura, a la investigación y a la educación en general” (Pérez Fuentes, 2007:873).

La cita está regulada en el art. 32 de la LPI, en concreto en su apartado 1 que a la letra dice:

*"Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita, análisis o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.*

*Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite."*

La regulación del límite de cita en la LPI tiene varios aspectos que destacar. Uno de ellos es que se equipara a las revistas de prensa con las citas, pero la regulación a este respecto queda fuera del análisis que haremos a continuación.

Como podemos apreciar, la LPI, restringe la finalidad de la cita a fines docentes o de investigación. Cabe preguntarse si en España, la cita se restringe a unos beneficiarios concretos a diferencia de lo que hemos visto en la legislación internacional, que establece un límite dirigido a la ciudadanía en general.

También parece haber distinción entre los actos de citar, analizar y realizar un juicio crítico. Además, se permite la utilización de obras completas a título de cita, siempre que pertenezcan a una categoría específica. Esto se hace necesario analizar si en el caso del resto de tipos de obras, citar una obra completa está o no permitido.

La forma en que este límite se ha concebido en el derecho español y cómo se ha desarrollado en la jurisprudencia es sin duda interesante. Hemos dedicado un apartado de este capítulo para establecer las diferencias entre el límite de cita y el límite de ilustración de la enseñanza pues apuntábamos que en algunas legislaciones no parece que esta distinción sea del todo clara. Uno de los países que no parece diferenciar estos límites de manera tan clara es precisamente España y esto se debe a que las condiciones establecidas para ambos límites los hacen parecer muy similares.

La jurisprudencia ha establecido cuáles son los requisitos para que una creación intelectual pueda ampararse en el límite de cita contenido en el primer párrafo del artículo 32. La Audiencia Provincial de Madrid los llama “principios inspiradores” (SAP de 26 de febrero de 2007, ROJ: 2170/2007). La Audiencia Provincial ha tomado como base para establecerlos lo dicho por Pérez de Ontiveros Baquero (2007:607-616).

Dichos principios son:

1. La necesidad de que la obra citada haya sido divulgada con anterioridad;

2. La fidelidad de la cita al texto original y al pensamiento del autor manifestado en la obra de la que procede (es decir, respetar la integridad de la obra);

3. El respeto al reconocimiento de la paternidad de la obra, mediante la exigencia de la indicación de la fuente y nombre del autor:

4. La limitación del ámbito de la excepción, sometiéndola a determinados fines; y,

5. La interpretación restrictiva del límite.

En la opinión de Peinado Gracia y Solana (2008:43), al art. 32 LPI debe añadirse el requisito impuesto por el art. 40*bis* que contiene la regla de los tres pasos:

“(En particular) el primero de los tres pasos (que) es la admisión de que existen límites o excepciones a los derechos de explotación, siempre con carácter excepcional y en los términos y condiciones previstas en la Ley. El carácter excepcional de estos supuestos implica que su interpretación debe realizarse siempre de manera restrictiva y no cabe su aplicación analógica a supuestos similares que no aparezca de forma expresa en la normativa aplicable.”

Esta opinión refuerza el requisito propuesto por la Audiencia y que requiere la interpretación restrictiva del límite de cita en la LPI. Como veremos a continuación, los mismos elementos del límite ya son restrictivos, sobre todo, como salta a la vista inmediatamente, si lo comparamos con el límite de cita según aparece en la Directiva Infosoc o en el Convenio de Berna.

A continuación analizamos estos elementos, agregando además el análisis de quienes son los beneficiarios del límite de cita en la LPI. Parece que solo ciertos grupos concretos de ciudadanos pueden ampararse en este límite, por lo que no es un límite generalista. Analizaremos los problemas que esto conlleva. La interpretación restrictiva del límite de cita incide en cuál debe de ser la extensión de la misma, asunto que también estudiamos en su propio apartado.

#### **4.10.1 Necesidad de que la obra citada haya sido previamente divulgada.**

Este primer requisito, así establecido en el art. 32.1 LPI: “...*siempre que se trate de obras ya divulgadas...*” utiliza, como podemos ver, un lenguaje diferente al utilizado tanto en el Convenio de

Berna, que en su art. 10 permite las citas sobre obras hechas lícitamente accesibles al público, como en la Directiva Infosoc, que en el art. 5.3.d) habla de citas de obras o prestaciones puestas legalmente a disposición del público.

Recordando que el límite de cita ya estaba previsto en la LPI desde antes de la entrada en vigor de la Directiva Infosoc, el que la legislación española mantenga el término “divulgación” dentro del texto del art. 32, puede servir para evidenciar que:

“prescinde el legislador de todo intento de adaptar la norma al artículo 5.3.d) de la Directiva... no puede dejar de observarse ciertas divergencias entre un texto y otro. Así, la utilización de la expresión «puesta a disposición del público» como requisito para que la obra pueda ser objeto de cita (la Ley española mantiene el término «divulgada»)” Castán Pérez-Gómez, 2006:168).

El art. 4 LPI define a la divulgación de una obra como “*toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma...*” por lo que se entiende que la divulgación implica el poner a disposición del público una obra, considerándose que esto es legal cuando se cuenta con el consentimiento del autor.

La doctrina utiliza ambos términos de manera equivalente o por lo menos asume que una divulgación ya implica la puesta a disposición de la obra. Fernández Molina (2005:5) nos dice que el requisito consiste en que únicamente “... es posible hacer citas de una obra ajena, siempre que esta se haya hecho lícitamente accesible al público (es decir, se ha divulgado...)”

Por su parte, Antequera Parilli (2010:138) nos dice que:

“...el primer requisito para la licitud de la cita consiste en que se trate de elementos que se toman de una obra ya divulgada, es decir, que se haya hecho accesible al público, de modo que son ilegítimas las citas de una obra inédita, salvo consentimiento expreso del autor.”

Es posible asumir que el legislador no ha querido cambiar el término “divulgación” en la LPI por considerar precisamente que la divulgación ya implica la puesta a disposición legal de la obra y por lo tanto dicho cambio no era necesario.

Hay que mencionar que aunque el derecho de divulgación es uno de los derechos morales reconocidos al autor por la LPI, no es uno de los derechos morales enumerados en el art. 6bis del Convenio de Berna, que solo se refiere al derecho a reivindicar la paternidad de la obra y al derecho a la integridad de la misma. La Directiva Infosoc, por su parte, según su Considerando 19, deja expresamente fuera de su ámbito al derecho moral del autor.

Ya que dichos Tratados Internacionales no se refieren al derecho moral de divulgación, es entendible que no utilicen el término y hayan optado por referirse a la puesta a disposición de las obras de manera legal. En ese caso, si se quiere por corrección, hubiera sido deseable que el legislador español hablara del requisito de que las obras sean puestas legalmente a disposición del público y no de divulgación para mejor ajustarse a las exigencias de los Tratados Internacionales.

En todo caso, el problema no reside en si es correcto que el legislador español haya decidido mantener el término “*divulgación*” o si era más apropiado hablar de “*poner legalmente a disposición del público*” las obras para que estas puedan ser citadas.

En realidad, el problema está en la dificultad que puede tener quien desea realizar una cita amparándose en el límite del art. 32: “Quizás podría plantear problemas prácticos la exigencia de que la obra haya sido puesta a disposición del público de forma “legal”, algo difícil de saber o de comprobar por parte del usuario” (Fernández Molina, 2005:9).

El problema puede verse acrecentado cuando se pretende hacer una cita sobre una obra huérfana. Sin saber quién es el autor, la comprobación de si una obra ha sido divulgada puede ser prácticamente imposible. Recordemos que la LPI, en el mismo art. 4, distingue entre lo que es la divulgación de la obra y su publicación, por lo que no bastaría el tener acceso a un ejemplar de una obra huérfana para poder comprobar efectivamente que la misma ha sido divulgada con el consentimiento del autor.

Por más inconveniente que pueda resultar para el usuario, este requisito no puede eliminarse salvo que se compruebe que se afecta en demasía a la libertad de expresión o a los derechos de acceso a la cultura y la información.

La misma LPI contiene dos disposiciones que limitan el derecho de divulgación por motivo de tutela del derecho de acceso a la cultura (previsto en el art. 44 de la Constitución española) y son, primero, que la transmisión *mortis causa* del derecho de divulgación, según lo dispone el art. 15.2 de la legislación española, y que recae sobre los herederos del autor, durará setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del mismo; y segundo, según el art. 40 LPI, que si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, de tal forma que se vulnera el mencionado derecho de acceso a la cultura, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.

Una posible solución, que permitiría mantener un cierto equilibrio entre los distintos intereses y facilitar al mismo tiempo la utilización de ciertas obras puede ser el exigir el requisito de comprobación para todo tipo de obras, salvo que se trate de una obra huérfana, en cuyo caso el requisito no se exigiría. De esta forma se darían más garantías al autor que desea incorporar parte de una obra huérfana en su obra propia y se reduciría el riesgo de que el mismo infrinja la legislación vigente.

#### **4.10.2 Respeto a la integridad de la obra citada.**

Cualquier uso no autorizado amparándose en un límite implica el respeto al derecho moral a preservar la integridad de la obra.



El límite de cita tiene una relación especial con el respeto a la integridad de la obra, pues el acto de citar, sea para crítica, análisis u otra finalidad similar, implica la reproducción en obra propia de fragmentos de obras de terceros.

La sentencia de la AP de Madrid, citada anteriormente, dice que para respetar la integridad de la obra, siempre es necesario hacer una reproducción *verbatim* del texto que se cita.

No estamos de acuerdo con la afirmación anterior, pues consideramos que la cita no siempre tiene que ser fidedigna para respetar la integridad de la obra citada. Recordemos que si se es fiel al espíritu de la obra, si no se tergiversa el mensaje del autor, no se está afectando a la integridad de su obra:

“... corresponde al autor, como derecho irrenunciable e inalienable, el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella siempre que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. De ahí que el derecho a la integridad de la obra no constituya un derecho absoluto, pues la propia Ley ha establecido unas limitaciones, de manera que, a *sensu contrario*, si la deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra de un autor no supone ningún perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, será lícita” (López Sánchez, 2008:34-35).

Especialmente en el ámbito de las obras académicas, es una práctica aceptada el realizar citas de obras mediante la paráfrasis mecánica o constructiva, modificando la estructura de frases y elección de palabras del autor original, pero transmitiendo lo que quiere decir al mismo tiempo que se hace referencia a la fuente, atribuyendo así la frase o frases utilizadas a su autor. Muchas veces esto se hace por motivos estéticos o para intentar de explicar de manera más clara lo que se pretende exponer, siempre apoyándose en lo escrito por otros, lo cual es utilizado, como ya nos dice la definición de cita de la RAE, es una “nota de ley, doctrina, autoridad, o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere.”

Ricketson (2003:16), hablando sobre la obligación de respetar la atribución de la obra establecida en el Convenio de Berna, cuestiona si en realidad es necesario respetar la integridad de la

obra, como lo establece el art. 6 *bis* de dicho convenio. El autor utiliza un argumento similar al que acabamos de exponer: las modificaciones a una obra son a menudo necesarias cuando esta se cita o se utiliza con fines didácticos, apuntándonos al registro de las negociaciones de la Conferencia de Roma, en donde las enmiendas al art. 10 que incluían la necesidad de que cualquier utilización debía ser completamente fiel al texto original, como evidencia de la necesidad de dicha flexibilidad existe.

A pesar de lo dicho por la AP de Madrid, lo cierto es que hacer ciertas modificaciones al texto citado, y hacer uso de la paráfrasis es una práctica aceptada y extendida, que por lo general no resulta en que se tergiverse el sentido de lo dicho o en una afectación a la reputación del autor. La LPI no prohíbe expresamente que los fragmentos de obras incorporados en obra propia puedan ser modificados. Creemos que siempre que las modificaciones no impliquen precisamente la vulneración del derecho moral del autor, las mismas deberán de ser consideradas como lícitas.

Por su relación directa con la libertad de expresión, un límite de cita que sea flexible en este aspecto, será más efectivo a la hora de fomentar dicho derecho fundamental. Ello no tiene por qué implicar la vulneración del derecho moral en forma alguna.

#### **4.10.3 Respeto a la paternidad de la obra citada.**

Al igual que en el art. 10.3 del Convenio de Berna, y en el 5.3.d) de la Directiva Infosoc, en la LPI se impone un deber de respeto a la paternidad de la obra, estableciendo el requerimiento, para que una cita sea válida, de citar la fuente y el nombre del autor. De esta manera, se da protección adecuada a este aspecto del derecho moral del autor.

Se ha resaltado que “la omisión de los deberes relativos a la cita cobran especial relevancia en el ámbito universitario, donde el respeto por los derechos intelectuales debe ser el norte de cualquier docente o investigador...” (Antequera Parilli, 2010:139). En el ámbito educativo, especialmente en la Universidad, la correcta atribución de la obra, citando fuente y autor es particularmente importante.

Sin embargo, la LPI contiene una omisión con respecto de los otros dos ordenamientos mencionados: al establecer el requerimiento de mencionar la fuente y el autor omite disponer que solo es necesario cumplir con esta obligación cuando esto sea posible. Como nos dice Castán Pérez-Gómez (2006:168) en el caso de las obras huérfanas: "...aunque los usos sociales probablemente permitirían seguramente aceptar que se cite la fuente y se mencione al autor como anónimo. Habría que ver si en cada caso particular, el editor de la obra no se opondría."

Lo anterior es evidencia de que el límite de cita en la LPI no cubre adecuadamente todas las situaciones que se presentan en el uso de las citas a pesar de que muchos de estos usos son socialmente aceptados. Además, esto también muestra que el límite de cita no está adecuadamente preparado para permitir el uso de obras huérfanas de tal forma que se minimice el riesgo de que los beneficiarios infrinjan la legislación del derecho de autor.

Como veremos a continuación, la finalidad de la cita, según se establece en la LPI también deja fuera de su ámbito a muchas otras citas también consideradas como socialmente aceptables.

#### **4.10.4 Finalidad del límite de cita en la LPI.**

El primer requisito de finalidad del límite o derecho de cita aparece en el mismo concepto de cita: la exigencia de que una parte o en su caso, el todo, de la obra citada, se incorpore a otra obra nueva, es decir a obra en la que se cita.

El concepto de cita es, por lo menos en lo más básico, universalmente aceptado y conocido. Quizás es por ello que el Convenio de Berna y la Directiva Infosoc no mencionen explícitamente este requisito. Se asume que en la sociedad se sabe perfectamente en qué consiste el acto de citar.

La LPI española sí refleja esta finalidad en el texto del art. 32.1: "*Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas...*" obras escritas, sonoras o audiovisuales, o en su caso, de obras aisladas cuando son de carácter plástico o fotográfico figurativo.

El Tribunal Supremo establece esta necesidad de incorporación en obra nueva para que una cita pueda ser válida, junto con la necesidad de que la misma sea con las finalidades previstas en la LPI. Esto implica que, en el contexto de la LPI, que la utilización amparada en lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 32.1, debe hacerse a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico y además debe tener finalidades educativas o de investigación.

Según el Supremo (STS 9263/1993, del 29 de diciembre de 1993):

"Cuando no se realiza una incorporación de una obra en otra a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, por lo que no puede predicarse su licitud... ni menos aún podría admitirse que... el simple reconocimiento, incluso público, de estarse utilizando una obra anterior, permita, cuando no se cuente con la autorización de su autor, la reproducción total o parcial de la misma, permitiéndose con ello burlar los derechos intelectuales del mismo..."

Lo anterior quiere decir que, para que una obra, o parte de la misma, pueda ser utilizada amparándose en el límite contenido en el art. 32.1 LPI, será necesario que esa obra o fragmento se incorpore en una obra nueva.

Puede ser que otro uso de una obra o fragmento de esta pueda estar amparado por otro límite, pero si no se tiene por intención incorporarla en una obra nueva, entonces no podrá considerarse que la obra o fragmento de la misma se utiliza a título de cita. Como también dice el Supremo, la cita, y es lo mismo para cualquier otro límite, no puede utilizarse como excusa para vulnerar los legítimos derechos del autor u otro titular.

El art. 32.1 LPI impone más condiciones respecto de la finalidad para la que pueden hacerse esa incorporación de obras ajenas en la obra propia. Se establece que la misma debe realizarse "a título de cita, análisis o juicio crítico" y "solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación" y en la medida justificada por este fin. Se establece una condición más restrictiva que por ejemplo, el Convenio de Berna (art. 10) que es mucho menos restrictivo en cuanto a su finalidad, estableciendo ciertas finalidades, pero únicamente a manera de ejemplo.

La redacción de esta parte del art. 32 es confusa. Se habla de que la inclusión de la obra ajena en la propia debe realizarse “*a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*” y no queda claro si una finalidad es la cita y otras distintas son el análisis, comentario o juicio crítico.

Se ha planteado que en la LPI, la cita "en sentido estricto" es simplemente uno de los usos permitidos por el límite contenido en el artículo 32: “Sin perjuicio de que tradicionalmente se considera que el íntegro contenido del precepto regula lo que se denomina “derecho de cita”, la cita en sentido estricto es solo una de las posibilidades que ofrece el texto del artículo 32, pues en él se contempla también la utilización de la obra para análisis, comentario o juicio crítico” (Pérez de Ontiveros Baquero, 2007:608). De la misma manera, otras partes del artículo permiten las reseñas o revistas de prensa (art. 32.1 párrafo 2), o la ilustración de la enseñanza (art. 32.2).

Corredoira y López Yepes (2007) opinan lo contrario. Dice que para que la cita pueda cumplir con el objetivo marcado por la Ley, es necesario que vaya acompañada del correspondiente comentario, análisis o juicio crítico. Para estos autores, el simple acto de citar no es la finalidad en sí misma.

En lo que a la Directiva respecta, no creemos que haya sido la intención del legislador establecer por un lado el límite de cita y por el otro los límites para análisis, comentario o juicio crítico, sino que se pretendía matizar la finalidad que debe de tener la cita. El legislador español no tiene obligación alguna de adoptar el texto establecido en la Directiva por lo que, aunque no estemos de acuerdo, es totalmente válido el que se haga la diferenciación entre esta cita "en sentido estricto" y otros usos considerados como similares.

No podemos evitar preguntarnos qué pretendía el legislador con esto. Si hablamos de cita en sentido estricto, podríamos entender que se a las citas al principio de capítulos de libros, o en obras literarias, pero esto aparentemente no es posible pues no se trata de obras con finalidades educativas o de investigación.

En todo caso, a la vista del texto del art. 32.1, parece que la cita en "sentido estricto" se refiere solo a citas que sirven para sustentar argumentos en obras científicas, o quizás las que pueda utilizar el profesor en una clase, si consideramos a la clase como una obra protegida, dada la restricción de la cita a los ámbitos de la educación y la investigación.

Esta restricción adicional en cuanto a la finalidad, implica que la cita solo puede realizarse con fines docentes o de investigación. Dicha restricción es mayor que la que aparece también en la Directiva 2001/29/CE que establece que la cita debe de ser "con fines de crítica o reseña" (y recordemos, se trata de meros ejemplos) y "en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido."

Ya antes habíamos mencionado la preocupación de que la restricción a la cita que impone la LPI, estableciendo que la misma solo puede realizarse con fines docentes o de investigación, tiene como consecuencia la exclusión del amparo del límite de "un gran número de citas que están socialmente consideradas normales, y que no se realizan en el ámbito de la enseñanza o investigación" (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:100). Ejemplos de esto pueden ser las citas musicales en otra obra musical o las citas de otras obras dentro de una obra literaria que no tenga finalidades educativas o de investigación, como pueden ser aquellas citas con una finalidad meramente decorativa.

Si interpretamos de manera restrictiva la condición finalista de la Directiva 2001/29/CE (fines de reseña o crítica) también puede tener el mismo efecto pues las citas de obras dentro de otras literarias o las mismas citas musicales que acabamos de mencionar, no sirven para criticar o reseñar la obra incorporada en la obra nueva.

Este no es el caso, pues como ya hemos dicho ya, el legislador europeo al parecer pretendía orientar sobre cuáles pueden ser las finalidades de la cita, no establecerlas de manera exhaustiva. Una interpretación más flexible permitirá argumentar que las citas comúnmente aceptadas en la

sociedad están amparadas por este límite, aunque también es cierto que dichos usos podrían ampararse en el límite para usos incidentales establecido en el art. 5.3.i) de la Directiva Infosoc: *“cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material.”*

Seguramente, si preguntamos a cualquier persona que no ha estudiado la legislación de propiedad intelectual por un ejemplo de cita, mencionará a las "citas socialmente aceptables" de las que habla Bercovitz junto con una cita en un trabajo académico pues ciertamente tanto unas como otras son comunes.

En la jurisprudencia española, ciertamente se reconoce la existencia de lo que se conoce como la "mera cita". Para la Audiencia Provincial de Madrid (SAP de 23 de diciembre de 2003, ROJ: 13931/2003) *“...la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto Refundido legitima; se trata de una actividad distinta de las otras tres.”*

Esas tres otras son el análisis, comentario o juicio crítico. La AP de Madrid reconoce entonces la posibilidad de que una cita sea lícita aunque *“no se analice, comente o critique”* la obra reproducida, justificando su licitud en la otra condición finalista que requiere la LPI, es decir, la docencia o la investigación. En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP de 31 de octubre de 2002, ROJ: 10966/2002).

La cita también está constreñida a condiciones en otros ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, aunque parecen ser que la mayoría no establecen una condición finalista como la española, o por lo menos dejan abierta la cita a más finalidades distintas de las didácticas o de investigación científica.

En Latinoamérica por ejemplo, el art. 10 de la Ley 11.723 del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual argentina permite la cita para fines didácticos o científicos. Por el contrario, Colombia establece el límite de cita en el art. 31 de su Ley 23 de 28/1/82 General de Derechos de Autor, pero

no lo limita a finalidades educativas o de investigación. El art. 148.I de la Ley Federal del Derecho de autor mexicana tampoco establece una condición finalista para las citas de textos.

En el derecho del ámbito europeo, Italia permite la cita (art. 70 de la *Legge 22 aprile 1941, N. 633, de Protezione del Diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*) siempre que sea con fines de crítica o discusión y además, si la cita es con finalidades didácticas o de investigación científica, la utilización de la obra debe ser con fines ilustrativos y para fines no comerciales. En todo caso, sin embargo, puede realizarse la cita para finalidades distintas a las didácticas o de investigación.

El Código de la Propiedad Intelectual francés (art. L122-5 3º a) establece que la cita debe de estar justificada por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o informativo de la obra a la que se incorporan. Como podemos ver, la cita se establece para fines educativos o científicos pero también admite muchos otros.

En Reino Unido también se prevén los usos incidentales de otras obras en obra propia y también el *fair dealing* con fines de crítica o reseña, sin limitarlo a usos puramente educativos. (Secciones 30 y 31 del *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 británico).

Debido al papel central que juega la cita en los usos educativos, es comprensible que se quiera relacionar a la cita directamente con los mismos. Sin embargo, en nuestra opinión es un claro error que el legislador confunda esto con limitar la finalidad de la cita a solamente usos educativos.

Quizás podríamos pensar que el legislador español, y cualquier otro legislador europeo que ha limitado la cita en forma similar, ha resultado confundido por la Directiva Infosoc que parece eliminar la jerarquía que el Convenio de Berna impone sobre la cita, pues dicha Directiva, en su artículo 5.3, establece que tanto este límite como el de ilustración de la enseñanza son de adopción facultativa. Recordemos que en Berna, la cita es un límite cuya adopción es obligatoria para los países firmantes.



Sin embargo, lo anterior no es sostenible pues también la Directiva hace una diferencia clara entre ambos límites, y esta resulta más que evidente en la finalidad de uno y de otro. El límite de ilustración de la enseñanza (art. 5.3.a de la Directiva) permite la utilización de obras con el único objeto de ilustración con fines educativos o de investigación científica. Mientras tanto, el límite de cita, contenido en el 5.3.d, como ya sabemos, permite la cita, con fines de crítica o reseña, entre otros, pero sin limitarse a finalidades educativas o de investigación, aunque por supuesto permitiendo los usos con dichas finalidades.

La importancia del límite de cita para la educación y la investigación es innegable. Pero su importancia va más allá pues tiene una relación directa con la protección a la libertad de expresión. Por ello consideramos que limitar su finalidad a fines puramente educativos, lo que en consecuencia, limita también al número de beneficiarios, es desperdiciar el potencial de dicho límite para tener un impacto positivo en la sociedad:

"Entre las limitaciones adoptadas para salvaguardar la libertad de expresión del usuario, el derecho de cita es sin duda la más importante. Sirve de común denominador a muchas otras limitaciones, ya que las citas pueden realizarse con finalidades científicas, críticas, informativas o educativas. También es posible efectuar citas dentro de textos históricos u otros escritos de especialistas para ilustrar o demostrar un determinado punto de vista o argumento, así como con fines judiciales, políticos y de esparcimiento, y también para producir un "efecto artístico" (Fernández Molina, 2005:9).

Podemos entender hasta cierto punto, que se establezca que las citas deben de ser con fines de análisis, comentario o juicio crítico, o de crítica o reseña, pero siempre y cuando se trate de un criterio orientativo de la función de la cita, admitiendo otras finalidades similares. No tiene sentido limitar la cita tanto como se hace en la LPI.

La legislación vigente contempla varios tipos diferentes de obras nuevas, y no solamente las que enumera. También reconoce como obras a todas aquellas que cumplen con los requisitos establecidos en la misma legislación por lo que la lista que aparece en el art. 10 LPI es simplemente enunciativa. De la misma manera, la norma debería de contemplar muchos tipos de diferentes de

finalidades para la cita, no una lista cerrada de las mismas, pues de la misma forma la cita puede incorporarse en muchos tipos distintos de obras originales que la incluyan, y que pueden ser creadas con finalidades distintas.

Si se limita la cita a unas cuantas finalidades, cabría preguntarse si tanto unas como otras restricciones no coartan directamente a la libertad de expresión al no permitir las citas en cualquier tipo de creación, con independencia de la finalidad de la misma.

Es cierto que la doctrina *de minimis* podría cubrir la mayoría de las citas "socialmente aceptables", como citar unos versos al comienzo de un capítulo o un fragmento de una obra dentro de una novela, pues "la insignificancia de las infracciones puede llegar a justificar una cierta flexibilidad en la aplicación del derecho" (Castán Pérez-Gómez, 2010:170).

Sin embargo, creemos que en los casos en que esta doctrina no sea de aplicación, una interpretación restrictiva del límite de cita en la LPI, en cuanto a su finalidad, puede tener efectos indeseados sobre la mencionada libertad de expresión puesto la inseguridad jurídica sobre qué puede ser considerado como cita puede llegar a tener un efecto disuasorio sobre el artista o escritor que pretende, con fines distintos al análisis, juicio crítico o reseña, incorporar un fragmento de obra en su nueva creación. Lo mismo podemos decir respecto de que la cita se restrinja solo a finalidades docentes o de investigación apuntando que el problema se acrecienta pues se está siendo aún más restrictivo.

Lo más saludable para la libertad de expresión, es que la única restricción en cuanto a la finalidad de la cita sea el que el fragmento u obra completa utilizada, se incorpore dentro de una obra nueva, lo que implica que la obra o fragmentos incorporados no pueden ser meras reproducciones sino partes de un todo considerado como una nueva creación también protegible por el derecho de autor, y sujeta a los requisitos de originalidad aplicables a toda obra protegible.

Se podría pensar que lo anterior puede abrir la puerta a que se realicen "reproducciones encubiertas" de obras, es decir, que se mal utilice el límite de cita para reproducir una obra sin autorización cuando es necesario obtenerla, o bien, a que se realicen obras derivadas sin obtener la correspondiente autorización de los titulares de los derechos sobre las obras originales para poder explotarlas. Bercovitz ofrece una solución a esto con lo que él llama el "centro de gravedad" de las obras y por el que "el mayor valor del resultado debe encontrarse en la nueva obra en sí; en lo que no son las citas. Por ello no podrán acogerse al régimen de las citas - por ejemplo - las antologías..." (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:101).

Habría que analizar en dónde está este "centro de gravedad" para poder identificar cuándo una obra cita a otras obras para realizar un análisis, juicio crítico o comentario, amparándose así en el art. 32.1 LPI; cuándo se trata en realidad de un compendio o un resumen o se trata de cualquier transformación de una obra literaria, artística o científica (basándonos en el art. 11 LPI.); o cuándo se trata de una mera reproducción no autorizada de obras cuyos derechos pertenecen a terceros si se determina que la supuesta obra, en donde se incorporan otras obras (o fragmentos de estas) carece por completo del requisito de originalidad tal y como es exigido por la legislación vigente.

Las limitaciones que exigen la extensión de la cita se justifique por el objetivo perseguido y deba hacerse en base a los usos honrados también son aceptables, y son de utilidad pues protegen al autor sin establecer indebidas restricciones a la posibilidad de utilizar citas.

Teniendo lo anterior en cuenta, podríamos abocarnos a una redacción que permitiera un límite que proteja debidamente a los autores y tenedores legítimos de derechos al mismo tiempo que nos permita asegurar que dicho límite efectivamente proteja a la libertad de expresión, el acceso a la información y el acceso a la cultura de los usuarios.

#### **4.10.5 Beneficiarios del límite de cita en la LPI.**

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y en el Convenio de Berna y la misma Directiva Infosoc que hemos analizado, no se suelen mencionar beneficiarios concretos pues se entiende que el límite de cita va dirigido a la ciudadanía en general y se permite a toda persona ampararse en este límite para citar obras en su obra propia.

En cambio, en la LPI la cita se restringe a finalidades educativas y de investigación y por lo tanto también restringe a sus beneficiarios los mismos solo podrán ser personas que realicen estas actividades y no aquellas que se encuentran fuera de estos ámbitos, comúnmente ligados a ciertas instituciones.

Si lo comparamos con el art. 32.2 que limita a los beneficiarios del límite de ilustración de la enseñanza al "*profesorado de la educación reglada*", el límite de cita parece incluir a muchos más sujetos como beneficiarios, pero no podemos dejar de resaltar que, sin embargo, no parece que la cita en España esté abierta a todo tipo de personas.

Como ya hemos dicho con respecto de la finalidad de la cita en la LPI, consideramos que esto es un problema pues si la cita existe para garantizar ciertos derechos fundamentales como la libertad de expresión, entonces debe de estar disponible a todos los ciudadanos en general y no solamente a ciertos grupos, aún si se trata de colectivos que pueden englobar a gran número de personas.

En España, los requisitos de que la cita se haga para análisis, comentario o juicio crítico, o si se quiere para una "mera cita", no parecen poner coto a los beneficiarios del límite pero sí la finalidad docente o de investigación pues no se trata de actividades que todo ciudadano esté en posición de realizar, al menos no en cualquier momento.

Ya decíamos en el apartado anterior que encontramos inexplicable que en la LPI la cita también se vea restringida a finalidades educativas y de investigación puesto que el art. 5.3.c) de la Directiva no impone tales restricciones ¿Es posible que se deba a que simplemente no se hizo ningún intento por actualizar o adecuar el límite de cita a las exigencias de la Directiva?: "...el tenor literal

de la cita como límite al derecho de autor (en la LPI) no experimenta cambio alguno con respecto al texto anterior (por lo que) ...prescinde el legislador de todo intento de adaptar la norma al artículo 5.3.d) de la Directiva” como dice Castán Pérez-Gómez (2010:168).

¿Es posible que simplemente el legislador no ha hecho su trabajo debidamente? De cualquier forma, no sirve para explicar el porqué el art. 32.1 LPI está redactado en los términos vigentes actualmente.

Un límite de cita *erga omnes*, que de todas formas suele implicar limitaciones, como la necesidad de incluir lo citado en obra propia o en cuanto a la extensión de la misma cita, que debe tener una justificación, tiene un potencial de beneficio mayor para la sociedad, sobre todo si se combina con un límite de ilustración de la enseñanza que puede ser más flexible en la forma en que se permite el uso de las obras (por ejemplo, si no se exige la incorporación en obra propia o se es menos limitativo en cuanto a la extensión o forma en el uso) pero más limitado en cuanto a la finalidad y los sujetos a los que va dirigidos. Incluso, en aquellos ordenamientos, como el español, donde el límite de ilustración de la enseñanza es más restrictivo, el límite de cita debería de adquirir mayor importancia para las actividades educativas (Xalabarder, 2009:106). Por ello, es necesario que el límite de cita sea más flexible.

Recordemos que uno de los motivos para garantizar el acceso a los ciudadanos de la actividad cultural y científica de la sociedad es precisamente darle herramientas para contribuir a la misma sociedad mediante la creación de obras nuevas. El límite de cita disponible a todo ciudadano es clave para lograr esto.

#### **4.10.6 La extensión de la cita.**

La cuestión que quizás ha acaparado la atención respecto del límite de cita es cuál debe de ser su extensión.

La LPI permite la utilización en obra propia de "fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo." Se permite entonces, utilizar partes de obras escritas, partes de una canción o *clips* de una película por ejemplo. Se permite la reproducción completa de obras plásticas o de carácter fotográfico figurativo siempre que se haga de forma aislada. Esto es así puesto que reproducir solo una parte de las mismas, no tendría ningún sentido en la mayoría de los casos.

La LPI evita sistemas de tasación impuestos en otras legislaciones como la argentina que permite la inclusión en obra propia "*hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos solo las partes del texto indispensables a ese efecto*" (art. 10 de la Ley 11.723 del Régimen Legal de Propiedad Intelectual).

El art. 32 LPI parece no permitir que las obras de corta duración puedan ser citadas al completo. Para un sector de la doctrina, la utilización de fragmentos, especialmente en algunos tipos de obras, "dificulta posiblemente de forma indebida la cita" (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:100).

A nivel europeo, el grado de originalidad exigido a una obra es relativamente bajo. (En el próximo capítulo analizamos la sentencia INFOPAQ que trata sobre este tema y sobre la regla de los tres pasos). Obras de muy corta duración, tan largas como frases, pueden ser consideradas como obras originales y por lo tanto ser objeto de protección. Si una obra tiene tan corta extensión, carecería de sentido citar una parte de la misma.

Puede ser que en ocasiones sea necesario el poder citar un poema completo, pues este solo puede ser criticado o analizado correctamente si se toman en consideración todos sus elementos en conjunto. Lo mismo puede pasar con una pieza musical que no puede ser juzgada en base a unos cuantos acordes, o un cortometraje de muy corta duración o el guión del mismo. Puede ser que al citar sea necesario reproducir al completo una obra completa de corta duración, pero en base a la LPI esto parece no estar permitido.

Quizás una alternativa a la inflexibilidad de la LPI en este aspecto esté, como dice Bercovitz, en analizar cuál es ese "*centro de gravedad*" de la obra, y que nos puede ayudar a decidir sobre la licitud o ilicitud de la cita.

Podemos encontrar un ejemplo de un límite de cita que utiliza, salvando las distancias, ese concepto del "*centro de gravedad*" en la Ley Federal del derecho de autor mexicana. Su art. 148.I permite "*la cita de textos siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra.*"

En el mismo sentido, el art. 31 de la Ley 23 del 28/1/82 General de derecho de autor de Colombia establece que: "*Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que estos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman...*"

Aunque en el caso particular de México se trata de un artículo que es excesivamente restrictivo, pues solo permite la cita de textos (aunque el art. 148.III de la misma Ley permite reproducción de partes de obras para crítica, investigación científica, literaria o artística), ambos son un buen ejemplo del centro de gravedad del que hablamos.

En las dos legislaciones, mexicana y colombiana, el límite a la cantidad de texto que puede ser reproducida en una cita se limita a la condición de que no se trate de una reproducción "sustancial" y "simulada". Parece ser entonces que ambas legislaciones permitirán utilizar fragmentos de obras de distintas extensiones, siempre que no se trate de una reproducción encubierta de la obra. El ejemplo colombiano deja entrever que el límite está en que la cantidad tomada no sea tanta que se cause un perjuicio a los intereses del autor.

El término "sustancial" parece querer indicar que en ningún caso la cita podrá ser sobre una obra completa, aunque quizás cabría la posibilidad de citar obras breves al completo cuando sea

requerido, si bien ninguna de las leyes indica si esto es o no posible. En cualquier caso, será necesario, para que no se trate de una reproducción encubierta, el que la obra reproducida se incorpore en otra, siendo en esta otra obra en donde podemos identificar el “centro de gravedad.”

Otra alternativa ante la inflexibilidad de la LPI la podemos encontrar en el art. 10 del Convenio de Berna, analizado en el capítulo anterior. Dicho artículo evita pronunciarse sobre cuál debe de ser la extensión de la cita, poniendo como únicas condiciones que se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, abriendo así la posibilidad de que la cita pueda tener distintas extensiones, incluso incluir la obra completa si existe justificación para ello. La Directiva 2011/29/CE establece el límite de cita en términos similares y también evita limitar en forma alguna la extensión de la cita, solo estableciendo que deberá hacerse "*buen uso*" de la citas y "*en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido*."

Aunque no se especifica precisamente qué son los usos honrados o el buen uso, si nos remitimos a los elementos de la regla de los tres pasos, nos encontramos la exigencia de que no se afecte a la explotación normal de la obra y que el perjuicio causado a un interés legítimo del autor debe de estar justificado. Esto último lo podemos relacionar con la medida justificada por el fin perseguido. Quiere decir que dicho fin, que puede ser la crítica, la reseña, el comentario, o la ilustración de la obra nueva, y permitir citas para dicho fin está justificado en base a la libertad de expresión o de acceso a la cultura o la información. Esto sirve para justificar entonces que se afecten los intereses del autor al reproducir partes, o incluso la obra completa, sin autorización.

En ciertos casos, el hacer citas de pasajes largos de una obra, para asegurarse de que la misma sea presentada de manera correcta, es compatible tanto con el fin que se persigue al hacer la cita como con los usos honrados, como puede ser en el caso de una crítica o una obra académica. De la misma forma, es fácil plantearse casos en los que reproducir una obra completa puede ser necesario, por ejemplo cuando se trata de obras plásticas (Ricketson, 2003:12).



Habría que admitir que esto nos deja el problema de que si la extensión de la cita amparada por el límite se regula en estos términos, será necesario analizar cada cita caso por caso y esto puede dejarnos en una situación de inseguridad jurídica.

Como ya hemos visto, es posible para cualquier legislador de un país firmante del Convenio de Berna establecer licencias legales o algún otro mecanismo de remuneración. Dicha remuneración podría requerirse para citas de obras completas o que utilicen porciones sustanciales de otras obras. Será necesario en todo caso que dicha remuneración esté sujeta al control del Estado pues dejarlo en manos del titular de los derechos podría dar lugar a abusos que perjudiquen a la libertad de expresión y a los derechos de acceso.

Pensemos en un titular de derechos o autor sobre un libro cualquiera, que por evitar que terceras personas hagan críticas negativas de dichos libros, establece cantidades en las licencias a precios desorbitados, como estrategia para impedir que se cite su obra en la crítica de la misma. Una alternativa a esta situación son las licencias *Creative Commons*, sobre las que tratamos en el capítulo 6 de esta tesis, pero lo cierto es que no somos partidarios del uso excesivo de las licencias, sean estas de pago o gratuitas, pues pueden propiciar situaciones en donde hay un excesivo control de uso y acceso por parte de los autores, con las respectivas consecuencias a las libertades fundamentales en juego.

Consideramos que sería más apropiado no limitar la cita a fragmentos de ciertas obras y debe dejarse abierta la posibilidad a citar al completo cualquier tipo de obra cuando esto esté justificado por el tipo de cita que se hace. Lo más flexible y adecuado sería que la redacción fuera similar a la del Convenio de Berna o la Directiva Infosoc, en donde no se limita la extensión según el tipo de obra, o mediante una tasación, aunque se exige apego a los usos honrados y que la cita sea en una medida justificada. Quizás también sería deseable aludir en esta nueva redacción al centro de gravedad del que habla Bercovitz, y para ello, una redacción similar al límite como aparece en el art.

148.I de la legislación mexicana podría ser útil, estableciendo también que la obra nueva no podrá ser una "*reproducción encubierta*" de la obra citada.

#### **4.10.7 Derechos exclusivos que se ven afectados por el límite de cita.**

Generalmente se interpreta que el silencio de la norma respecto del límite de cita generalmente implica que este puede afectar a todos los derechos exclusivos.

El silencio está presente en el art. 32.1 párrafo primero de la LPI. En esa parte del artículo no se mencionan los derechos exclusivos que se ven afectados, a diferencia del art. 32.2 LPI que contiene el límite de ilustración de la enseñanza. En la parte del artículo que se refiere a la cita, se habla solo de inclusión lícita de fragmentos de obras ajenas en la propia, mientras que en el segundo, se exige de requerir autorización para actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de ciertas obras aisladas cuando tales actos se hagan para ilustración de actividades educativas en las aulas.

En el contexto europeo, la Directiva 2001/29/CE deja claro que derechos exclusivos se ven afectados por el límite de cita, siendo estos los de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición del público de obras, incluso el derecho de distribución sobre las mismas. Como ya hemos dicho al analizar esta cuestión en el apartado correspondiente, el derecho exclusivo de transformación simplemente no está regulado por la Directiva.

Como afirman Hugenholtz y Sentfleben (2011:2) en referencia a lo que ellos llaman el derecho de adaptación, el *acquis communautaire* deja un amplio espacio sin regular respecto de este derecho al que se le ha mantenido al margen de los esfuerzos de armonización. Esto significa que un Estado miembro puede establecer o mantener, si ya existen, disposiciones relativas a la adaptación, que es una forma de transformación de la obra. En el caso de España, como estamos ante un derecho regulado en el Derecho interno, corresponde legislador nacional decidir si limita o no el derecho exclusivo a autorizar la transformación de la obra.

En base a lo anterior, En base a lo anterior, es posible interpretar que la transformación puede estar incluida entre los derechos exclusivos limitados por el 32.1 LPI y así lo ha interpretado algún sector de la doctrina:

“...dada la amplitud del propio concepto de transformación, esto no es óbice para que la descontextualización y aislamiento del fragmento que supone la cita pueda ser considerado en algunos supuestos como transformación, aunque, en todo caso, esto deberá abordarse de forma amplísima” (Tactuk Retif, 2009:314).

En la actualidad existe la necesidad de que la cita sea interpretada de manera flexible en cuanto a los derechos exclusivos que deben verse afectados por el límite, sobre todo en el ámbito de los medios digitales online. Recordemos que citar de manera lícita en Internet implica como mínimo que quien realiza la cita pueda realizar actos de reproducción y de comunicación pública sin que esto constituya una infracción a los derechos del autor o tenedor.

De la misma manera, los llamados contenidos generados por usuario y que forman parte importante de lo que se distribuye por Internet hoy en día, requieren, en muchos casos, de la transformación de la obra. Los contenidos generados por usuario, o UGCs (por sus siglas en inglés) pueden ser definidos como “aquellos contenidos creados por un usuario no profesional, que no tienen fines comerciales directos o indirectos, y que son divulgados, puestos a disposición del público o publicados a través de redes digitales” (Ruz, 2001:15).

Algunos de los contenidos generados por usuario, que pueden ser considerados como obras originales, podrían ampararse en el límite de cita para justificar el uso no autorizado de obras de terceros, siempre y cuando, dada la redacción actual de la LPI, se realicen a título de cita, para su análisis o juicio crítico con fines educativos o de investigación y cumplan el resto de los requisitos establecidos en el 32 LPI.

Solo en la medida en que consideremos que el derecho exclusivo de transformación está limitado por el art. 32.1 LPI, se podrá considerar que los fragmentos de obras u obras completas que

se han utilizado pueden ampararse en el límite de cita. Si consideramos que la transformación queda fuera del ámbito del límite, entonces necesariamente tendremos que considerar que estos contenidos infringen lo dispuesto por la Ley de Propiedad Intelectual.

En nuestra opinión, lo más deseable sería que la interpretación del art. 32.1 LPI fuera lo suficientemente flexible para garantizar la libertad de expresión y el acceso a la información en el ámbito online. Sin embargo, quizás esto no sea suficiente y lo más necesario sea revisar la redacción de dicho artículo, de tal manera que la Ley se pueda acercar a un límite que realmente sea efectivo en proteger los derechos de los usuarios y la libertad de expresión.

#### **4.10.8 Hacia una propuesta de *lege ferenda* sobre el límite de cita.**

Al final del capítulo siguiente, se puede encontrar una propuesta de *lege ferenda* que versa sobre la modificación del párrafo 1 del apartado primero del art. 32 LPI. Dicha propuesta toma en cuenta todo lo expuesto en los apartados anteriores y creemos que tendrá cabida dentro de lo permitido por la legislación internacional vigente (Convenio de Berna, Tratados del derecho de autor de la OMPI y la Directiva 2001/29/CE).

Aunque pueda parecer que tiene más sentido presentar dicha propuesta de *lege ferenda* ahora mismo o al final del presente capítulo, hemos decidido “aplazarla”, al capítulo siguiente para poder dar cabida en la misma a las consideraciones y obligaciones impuestas por la legislación internacional a la que nos referimos: específicamente respecto de lo dispuesto sobre la regla de los tres pasos y las medidas tecnológicas de protección , que se imponen desde los Tratados Internacionales, pero que también se encuentran reguladas en el derecho interno español.

Como el análisis tanto de la regla de los tres pasos y de la regulación de las medidas tecnológicas de protección (ambas, tanto a nivel internacional como doméstico) se encuentran en el siguiente capítulo, hemos decidido esperar a que dichos elementos hayan sido analizados para poder incluirlos en nuestra propuesta. Por ello, la propuesta de *lege ferenda* a la que ahora nos referimos,

junto con una propuesta de *lege ferenda* respecto del límite de ilustración de la enseñanza pueden encontrarse al final del capítulo 5.

Dicho lo anterior, nos queda decir que con dicha propuesta sugerimos una modificación a la Ley que permite garantizar que la cita sirva adecuadamente a las actividades educativas como a la investigación, y también para mejor garantizar y proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información y el acceso a la cultura.

Esperamos que si nuestra propuesta no es tomada en cuenta como una posible solución a los problemas que hemos identificado respecto del límite de cita, por lo menos sirva para subrayar cuáles son dichos problemas y en qué formas una redacción más adecuada podría contribuir a aliviarlos.

#### **4.11 El límite de ilustración de la enseñanza en la LPI.**

La existencia de un límite de ilustración de la enseñanza se justifica desde la necesidad de proteger un “legítimo derecho de la educación superior a emplear obras amparadas por el derecho de autor” ya que “la libertad de acceso a la información, sea cual fuere el formato de esta, forma parte fundamental de los procesos de creación y aprendizaje” (Monroy Rodríguez, 2010:205). Esta es la conexión entre el límite y la libertad de expresión, lo que nos permite hablar de la protección de derechos de una categoría superior a los derechos de explotación del autor y otros tenedores de derechos sobre las obras.

Si aceptamos que las libertades fundamentales deben de ser protegidas también en el ámbito online, entonces debemos de aceptar que un límite como este debe subsistir y aplicarse también en dicho ámbito. Debe permitirse a profesores, alumnos e investigadores (también a bibliotecarios) aprovechar al máximo la tecnología digital en sus actividades de enseñanza y de investigación: “La utilización del contenido digital en las esferas de la educación y la investigación abre de par en par las puertas a una mayor diversidad de obras en todas partes del mundo y a un mejor intercambio de ideas y conocimientos entre estudiantes y científicos” (Guibault, 2003:32). Estas ventajas no pueden

ser desaprovechadas.

Cuando un ordenamiento jurídico ha decidido establecer límites relacionados con la enseñanza, lo más común es que haya optado por límites que permiten la reproducción y la comunicación pública de obras efectuadas en instituciones educativas y con fines exclusivamente didácticos o científicos siempre que no exista una finalidad lucrativa y en la medida justificada del objetivo perseguido (Antequera Parilli, 2010:140), lo cual es consistente con la concepción del límite de ilustración de la enseñanza que aparece por primera vez en el Convenio de Berna (art. 10.2).

El límite de ilustración de la enseñanza no es un límite de adopción uniforme en todos los ordenamientos jurídicos y España lo ha adoptado apenas en el año 2006. El mismo está regulado en el apartado 2 del art. 32 de la LPI:

*“No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.*

*No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”*

A diferencia del apartado 1 del art 32, sobre el cual la doctrina sugiere que ni siquiera se hizo un verdadero intento por adecuarlo a lo dispuesto por la Directiva 2001/29/CE, el contenido del texto del art. 32.2 LPI es resultado de su adecuación a dicha Directiva. Esto no se hizo hasta el año 2006 cuando el art. 32.2 fue introducido a través del artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Sin embargo, desde 1998 la LPI contiene un límite a la protección de las bases de datos cuando se utilicen obras con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica, en el

art. 34.1.b) de la LPI, introducido por el artículo 4 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Llama la atención que el art. 34 LPI no restringe del límite contenido en el mismo al profesorado de la educación reglada. Quizás esto se deba a que el mismo se refiere a las bases de datos pero no a las obras contenidas en las mismas. Las bases de datos, como sabemos, no se consideran obras, y gozan de una protección reducida para la Ley.

El Considerando 14 de la Directiva expresa lo siguiente: *“La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes.”*

Como sabemos, la Directiva establece una excepción en virtud de la ilustración de la enseñanza en su artículo 5.3.a) el cual es de adopción facultativa, afectando a los derechos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición, y pudiendo extenderse al derecho exclusivo de distribución si así lo deciden los Estados miembros que decidan adoptar este límite. También cabe la posibilidad, en nuestra opinión, de interpretar que el derecho de transformación puede ser afectado por el límite, a pesar de que este derecho exclusivo no se encuentra regulado por la Directiva. Nos hemos referido a este cuando hablamos de los derechos exclusivos afectados por el límite de cita.

El art. 5.3.a) limita los derechos exclusivos que hemos mencionado *“cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos que resulte imposible, se identifique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.”*

Podemos darnos cuenta que el 5.3.a) de la Directiva:

*“posibilita un amplio alcance... Así, la referida norma no establece ningún tipo de restricción en cuanto a los posibles beneficiarios de la misma, ya sean personas físicas o instituciones*

educativas. No se establecen restricciones de ningún tipo por razón de la naturaleza o extensión en el uso de la obra protegida. No se prejuzga tampoco, caso de existencia de una compensación económica, el régimen concreto que debe adoptar la misma - licencia legal, licencias obligatorias, etc.” (Moreno Martínez, 2011:400).

En la exposición de motivos que se encuentra en el Preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio, a través de la cual se hizo la trasposición de la Directiva 2001/29/CE, el legislador declara la intención de adaptar fielmente lo dispuesto en el texto de la Directiva:

*“La razón de esta reforma... responde a la necesidad de incorporar al derecho español una de las últimas Directivas aprobadas en materia de propiedad intelectual, la Directiva 2001/29/CE... con la que la Unión Europea, a su vez, ha querido cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996... los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la Directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa.”*

A pesar de lo anterior, “nuestro legislador en su redacción resultante... se ha mostrado excesivamente restrictivo respecto al texto propuesto por la Directiva, al incorporar numerosas cortapisas o condicionantes en el propio disfrute de la limitación a estudio” (Ibíd.:408).

Casi como si buscara ir en contra de la Directiva, el legislador español ha decidido, al adoptar el límite, sujetar el mismo a diversas condiciones que limitan a los beneficiarios, la extensión y forma en la que se puede utilizar el material, también se han reducido los supuestos de aplicación del límite y se ha descartado la posibilidad de que ciertas obras, como los manuales universitarios y libros de texto, cruciales en las actividades educativas, puedan ser utilizadas bajo el amparo de este límite. Esto tiene consecuencias indeseables para la literatura científica en la universidad:

*“...El caso de los libros de texto es una novedad de la Ley introducida en 2006 y sorprendente... cuando hasta entonces no se ha ofrecido a los autores de tales obras la más mínima garantía. Ahora sí, que con vista a la ya realidad de librerías electrónicas y la venta de eBooks, se impide a los creadores –si se registran en CEDRO- a pasar fotocopias de capítulos de sus libros a los alumnos, colgarlos en la Intranet de la asignatura, etc. Una práctica que terminará por exterminar la escasa lectura científica en la Universidad, por duro que resulte decirlo, salvo que se arbitren precios razonables” (Corredoira, 2012:70-71).*



Una consecuencia de lo anterior es que el límite del 32.2 está mal preparado para afrontar los retos de la Sociedad de la Información y adaptarse a su uso en Internet, a pesar de que es una de las intenciones de la misma Directiva, según su Considerando (2): *“El Consejo Europeo hizo hincapié en la necesidad de crear un marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información en Europa.”*

Además, el Considerando (7) avisa que *“... deben evitarse las incoherencias entre las respuestas nacionales a los avances tecnológicos...”* y el (14) habla de que una de las aspiraciones de la Directiva es *“... fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes.”*

El que el legislador español haya decidido limitar el beneficio del límite a “las actividades educativas en el aula” parece evidenciar que su respuesta no ha sido un intento de adaptación a los retos de Internet que sopesa los intereses tanto de creadores y tenedores de derechos como de la sociedad en general. Lo que parece es un intento de sobreprotección de los autores y tenedores de los derechos cuyas consecuencias para el interés general no han sido apropiadamente valoradas.

Un límite tan restrictivo como el que podemos encontrar en el art. 32.2 LPI difícilmente contribuye a lograr las aspiraciones de la Directiva; y si además dicho límite restringe los usos educativos en Internet, entonces podemos decir que el mismo se aleja de las aspiraciones de la Directiva por completo.

Las restricciones impuestas al límite de ilustración de la enseñanza en el art. 32.2 de la LPI española han hecho de este límite una forma de límite de cita (art. 32.1) aún más restrictivo, pues en este caso se habla de *“pequeños fragmentos”* de obras, mientras que en el apartado 1 se habla solamente de *“fragmentos.”*

El límite de cita en la LPI está restringido a finalidades educativas y de investigación y como es de esperarse, el de ilustración de la enseñanza es más cerrado: va dirigido específicamente al “profesorado de la educación reglada” y cubre solamente “la ilustración de sus actividades educativas en las aulas,” si bien el término “aula” admite ciertos matices.

A la luz de la concepción que se tiene sobre la relación entre los límites de cita y de ilustración de la enseñanza, que describimos desde el plano internacional en el capítulo 4, parece que la LPI va a contracorriente, pues en lugar de que los usos específicamente educativos contenidos en un límite de ilustración de la enseñanza sean más permisivos en cuanto a la forma en que se pueden utilizar las obras (por ejemplo en cuanto a la extensión de la utilización) y más restrictivos en cuanto a la finalidad (ilustración de actividades educativas e investigación) y en cuanto a los sujetos a los que se dirige, se ha optado porque el límite en la LPI, sea más restrictivo en todos los aspectos.

Llevado al extremo, lo anterior resulta en que ambos límites no son complementarios en lo absoluto, sino que más bien son redundantes. El art. 32.2 LPI: “suscita dudas sobre la posible duplicidad de esta regulación la existencia de la cita con finalidad docente en el apartado 1 del art. 32. En la medida en que se pueda considerar la clase impartida como una obra en sí misma, sigue estando abierta la vía del art. 32.1 (cita docente)...” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:102).

En base a todo lo dicho, a pesar de las deficiencias y problemas que hemos encontrado en el límite de cita contenido en el art. 32.1 LPI, a simple vista, parece que comparado con el límite de ilustración de la enseñanza introducido en el apartado 2 del mismo artículo, es el primer límite el que ofrece más garantías para profesores, alumnos e investigadores.

A continuación analizamos los distintos aspectos del límite de ilustración de la enseñanza según la redacción actual del art. 32.2 LPI. Los elementos que analizaremos son: qué tipos de obras pueden utilizarse a título de ilustración de la enseñanza; qué derechos exclusivos se ven afectados; la extensión permitida en el uso; los beneficiarios que en este caso es el profesorado de la educación

reglada; la necesidad de que la finalidad perseguida sea no comercial en todo caso; la finalidad de ilustración a la que deben limitarse todos los usos según este límite; la restricción de que dicha ilustración solo sea durante actividades educativas dentro del aula; la necesidad de que se trate de obras previamente divulgadas y el requisito de citar a la fuente y el autor cuando esto sea posible.

#### **4.11.1 Derechos exclusivos afectados por el límite de ilustración de la enseñanza.**

A diferencia del párrafo primero del apartado 1 del artículo 32 que contiene el límite de cita, en donde se guarda silencio sobre los derechos exclusivos que se afectan el apartado 2 del mismo artículo es específico respecto de los derechos exclusivos afectados por el límite de ilustración de la enseñanza, permitiendo realizar sin autorización del autor, actos de reproducción, distribución y comunicación pública.

De la misma forma, parece que cualquier otra modalidad de explotación prevista en la Directiva Infosoc o en otros Tratados Internacionales tampoco está dentro del ámbito del art. 32.2 LPI, excepto la puesta a disposición, que en el ámbito europeo es parte del derecho de comunicación pública tal y como aparece en la Directiva Infosoc y en el art. 20.2.i) de la misma LPI española.

Dentro del límite de ilustración de la enseñanza contenido en la LPI no está previsto entonces el que se puedan realizar actos de transformación sin autorización amparándose en el mismo. Como recordaremos, de acuerdo con el art. 21 LPI, la transformación de una obra comprende el derecho exclusivo de autorizar su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

Debemos recordar que, según el mismo artículo, aunque los derechos sobre la obra nueva pertenecen a su autor, esto es sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

Según lo expuesto sería imposible transformar una obra sin autorización del autor, amparándose en el límite de ilustración de la enseñanza.

Dejar fuera a la transformación de los derechos de explotación afectados deja fuera muchas actividades que pueden darse en el contexto educativo. Un gran ejemplo son los ya mencionados contenidos generados por usuario, que permiten las tecnologías disponibles en la actualidad y cuyo impacto se ha potenciado a través de Internet y las redes sociales.

Los contenidos generados por usuario pueden ser definidos como “aquellos contenidos creados por un usuario no profesional, que no tienen fines comerciales directos o indirectos, y que son divulgados, puestos a disposición del público o publicados a través de redes digitales” (Ruz, 2001:15). Son, por lo tanto, creaciones sujetas a la protección del derecho de autor por sí mismas. Pueden ser de varios tipos en función de si utilizan o no obras ajenas (Ibíd.:15-16):

- Obras totalmente nuevas y que no incorporan obras preexistentes, ni siquiera en parte.
- Obras nuevas en las que el usuario incorpora obras preexistentes de terceros, por ejemplo, un vídeo que incluye una canción protegida por el derecho de autor pero que no transforma dicha obra.
- Obras nuevas que incorporan partes de obras preexistentes o incluso obras completas, pero que pueden entrar dentro del ámbito del límite de cita contenido en el art. 32.1 LPI.
- Obras nuevas que adaptan o transforman una obra preexistente. Implica que la obra nueva solo es posible a través de un acto de transformación de una o más obras preexistentes. Por sus características no es posible que el uso de las obras ajenas se enmarque dentro del límite de cita contenido en el art. 32.1 LPI. (No hay fines de crítica, reseña, alguno similar o de cita en “sentido estricto”).

Nótese que para poder considerar una obra nueva como un UGC debe de tratarse de una obra en formato digital que pueda ser distribuida a través de Internet.

La primera categoría no debe de preocuparnos. Aunque según la definición que hemos aportado, ciertamente se trata de UGCs pero no dejan de ser obras creadas sin afectar derechos de terceros y podrán ser consideradas como obras originales protegibles por el derecho de autor, como lo podrá ser cualquier otra que sea una creación humana que pueda ser considerada como original (Arts. 1 y 10 LPI). Los autores de UGCs pueden ser considerados autores en igualdad de condiciones que cualquier otro autor en el sentido más tradicional de la palabra.

En la tercera categoría podemos encontrar ejemplos de lo que puede ser considerado una cita online: la crítica de una obra literaria en un blog, que por supuesto citará partes de la misma o la reseña en video, o en formato multimedia que utiliza clips de la misma obra. Lo mismo ocurre con las reseñas de videojuegos, que generalmente utilizan clips de los mismos. Todos estos son solo algunos ejemplos.

Si a todos estos contenidos se da una finalidad educativa, se les puede ubicar plenamente dentro de la esfera del 32.1 LPI y habrá amplias posibilidades de que pasen la prueba y puedan ser considerados como amparados por el límite de cita. Recordemos que en los casos en que esto no es así, y no existe esa finalidad educativa o de investigación, aunque exista la finalidad de crítica o reseña, lamentablemente, bajo la regulación actual, se está fuera de la Ley.

Este tipo de contenidos son sumamente comunes, entrarían en la segunda categoría que hemos mencionado y aunque por lo general, no existe voluntad de perseguir al usuario, y existe una tolerancia hacia estos contenidos, es igual de frecuente que los contenidos del usuario sean retirados o modificados por decisión del proveedor del servicio a petición del tenedor de los derechos o quien está legitimado para gestionarlos en nombre del autor.

Youtube, que es sin duda la plataforma de videos más grande y que contiene mayor cantidad de videos subidos por los usuarios ofrece una guía de los procedimientos que ellos mismos siguen al respecto (Ver Copyright on Youtube, 2014). Por su parte, la *Electronic Frontier Foundation*,

también ofrece una guía al respecto, pero encaminada a informar de la mejor manera posible al usuario sobre sus derechos (Ver, A Guide to Youtube Removals).

Conviene apuntar que pueden ser considerados como contenidos generados por usuario que incorporan obras de terceros, la simple reproducción y comunicación pública de un vídeo, una fotografía, una pintura o una canción creada por un tercero en una red social, por ejemplo en un perfil de Facebook. De acuerdo con la legislación vigente, esto también podría ser considerado como una infracción a lo dispuesto por la LPI en España. Facebook tiene también políticas similares a las de Youtube para estos casos, en los que también existe cierta tolerancia, siempre sujetos a los términos de usuarios de dicho sitio (Ver Facebook: About Copyright, 2014).

Debemos centrar nuestra atención sobre la cuarta categoría pues creemos que es la que se ve afectada por el hecho de que los actos de transformación no estén incluidos en lo amparado por el art. 32.2 LPI.

En Internet podemos encontrar multitud de ejemplos que pertenecen a esta cuarta categoría, particularmente en videos creados por el usuario. Entre estos videos podemos encontrar los creados a través de la remezcla de otras obras, adaptaciones de obras literarias en video, videos musicales creados por usuarios que utilizan canciones sujetas a derechos las cuales son interpretadas y adaptadas por el mismo usuario, o videos creados a partir de la experiencia de los usuarios en videojuegos y que incluyen capturas de dichos videojuegos cuyo material puede estar protegido como una obra multimedia.

El límite de ilustración de la enseñanza no impone el requisito de que la obra utilizada sin autorización tenga que incorporarse en obra nueva. Esto permite actos como la distribución de materiales a los alumnos y otras actividades que son comunes entre el profesorado, como el uso de diapositivas que incorporan otros contenidos. Sin embargo, el límite, que no afecta a la transformación de la obra, y hace necesario contar con la autorización del autor para poder realizarla.

Esto elimina cualquier posibilidad de que el profesor pueda crear cualquier UGC que esté dentro de la cuarta categoría, aún si es dentro del aula o el ámbito educativo. Por lo menos no podrá hacerlo amparándose en el art. 32.2 LPI.

Para que estos contenidos generados por usuario puedan existir, es decir, para que profesores, alumnos, investigadores y ciudadanos en general puedan crearlos es definitivamente necesario que puedan verse amparados por algún límite al derecho de autor por lo menos: “la necesidad de solicitar autorizaciones al autor... (en realidad autores pues muchas veces se utilizan obras de varios de ellos)... comporta costos de transacción prohibitivos (barreras legales de entrada)...” (Serenio Restrepo, 2010:256).

Se hace necesario a la luz de las posibilidades y situaciones que han traído las nuevas tecnologías e Internet el que un límite de ilustración de la enseñanza incluya también un necesario derecho de transformación, para incluir a esos contenidos generados por usuario que hemos mencionado.

Además, el límite de ilustración de la enseñanza deja fuera de su ámbito a un colectivo clave dentro del ámbito de la educación y la investigación, se deja fuera a todo un actor principal: al alumno.

Como analizamos más adelante, el límite se limita al “profesorado de la educación reglada”. En el contexto educativo actual, que el legislador a todas luces ha fallado en reconocer, el alumno ya no es el simple aludido, que se sienta en el aula a escuchar al profesor. Es todo un protagonista activo, al que se le refiere interactuar y producir y que demanda este espacio para interactuar y producir. Los contenidos generados por usuario son una herramienta perfecta para lograr esto y son además, el medio de expresión preferido de las generaciones jóvenes actuales que buscan interactuar y crear y encuentran en los UGCs la forma de hacerlo.

Afortunadamente, la posibilidad de amparar la creación de algunos contenidos generados por usuario en el art. 32.1 LPI queda abierta, y parece ser posible incluir a los alumnos.

Todo lo anterior más allá de lo que los tenedores de derechos suelen tolerar en plataformas como Youtube, por ejemplo. Sin embargo, sin una legislación clara, que establezca unas “reglas del juego” obligatorias, existe el peligro de que un buen día los tenedores de derechos, según sus intereses y no los de la colectividad, “cierren el grifo” y no permitan de repente que sus contenidos puedan ser incorporados o transformados en contenidos generados por usuario. Más grave aún, el que el uso o no de los contenidos esté siempre en manos de quien es dueño de los mismos, sin admitir ningún límite o excepción puede dar lugar a abusos que vulneren la libertad de expresión o la libertad de cátedra.

Esto es una preocupación muy real, que se ha denunciado y analizado con respecto del *Digital Millenium Copyright Act* norteamericano, cuyo sistema de protección de contenidos sujetos al Copyright en Internet ha dado lugar a instancias en donde se abusa del mismo en detrimento de la libertad de expresión. Ver por ejemplo a Seltzer (2010). En su trabajo, la autora denuncia como *posts* en blogs pueden ser censurados, videos en Youtube o plataformas similares pueden ser borrados o incluso páginas enteras pueden ser removidas de Internet basándose en reclamaciones de infracción al derecho de autor que vienen de fuentes privadas.

Los proveedores del servicio de Internet y de contenidos en Internet suelen cumplir con esas peticiones para remover contenidos para evitar no ser corresponsables de la infracción. Sin que se entre a valorar si el UGC que se ha retirado infringe los derechos de un tercero, el contenido es retirado y así, la libertad de expresión sufre pues siempre existirá un margen de error. Además, el sistema de la DMCA se puede utilizar de manera abusiva.



Un reporte del *Center for Democracy and Technology* ilustra cómo se puede abusar de la DMCA para afectar la libre expresión en el terreno político (CDT Releases Report on Meritless DMCA Takedowns of Political Ads, 2010).

Un ejemplo de cómo puede mal utilizarse una reclamación de derechos de autor para censurar a los críticos podemos encontrarlo en Sankin (2014). El artículo denuncia que la empresa *CrossFit* utiliza reclamaciones de derechos de autor en Youtube para retirar vídeos críticos con los métodos de dicha empresa.

Sabemos que encontrar un sistema que equilibradamente proteja a todas las partes es sumamente difícil pero vemos en el límite de ilustración de la enseñanza un espacio para asegurar protección al autor pero también para ser más permisivo con el usuario que se encuentra dentro del contexto del límite y así poder garantizar la defensa de derechos fundamentales. El legislador español no parece haber visto dicho valor en el límite, según demuestra cómo lo ha regulado.

Abrir la puerta a permitir transformaciones de obras sin autorización del autor en virtud de este límite, no puede suponer en ningún caso que se pueda afectar a la integridad de la obra, que es un derecho moral y no puede verse afectado por un límite a los derechos exclusivos. La integridad de la obra deberá ser respetada en cualquier transformación de la misma, se requiera o no la autorización del autor.

Una modificación legislativa que permita, de manera explícita, la realización de actos de transformación sin autorización al amparo de los límites contenidos en el art. 32 LPI sería deseable y lo sería aún más que el marco normativo reconozca a los contenidos generados por usuario y las condiciones de su legalidad, por lo menos dentro del ámbito académico y de la investigación.

#### **4.11.2 Obras que pueden ser utilizadas a título de ilustración de la enseñanza.**

El art. 32.2 LPI permite el uso de pequeños fragmentos de obras, sin decir qué tipos de obras, especificando también que cuando se trata de obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, se pueden utilizar al completo siempre que sea de forma aislada.

El que en el límite de cita contenido en el 32.1 párrafo 1 se hable de fragmentos de obras ajenas “de naturaleza escrita, sonora o audiovisual” hace presuponer que cuando la LPI permite de la misma manera utilizar “pequeños fragmentos de obras” con fines de ilustración de la enseñanza, se refiere también a obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual. Sin embargo, el artículo prohíbe expresamente que se puedan utilizar libros de texto o manuales universitarios con fines de ilustración de la enseñanza.

El segundo párrafo del art. 32.2 presenta un problema similar. El mismo establece que tampoco se autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”. Se puede decir que esta prohibición es equivalente a la utilización de libros de texto y manuales universitarios, pero aplicado a dichos tipos de obras.

Como ya decíamos, excluir libros de texto y manuales universitarios es una omisión muy importante. En la Universidad, el acceso a la literatura científica y académica es fundamental pues como dicen Hansen *et al.* (2013:6), pocas actividades se acercan más al corazón de la libertad de expresión que los esfuerzos de un profesor de postgrado para enganchar a sus alumnos a la lectura crítica y la discusión de materiales académicos.

Llama la atención que esto sea así en la LPI y sin duda nos apunta a que la presión de ciertos grupos interesados (CEDRO, en nuestra opinión) ha pesado a la hora de introducir esta prohibición en el art. 32.2 LPI. Como en otros casos en que hemos identificado problemas con la legislación, parece que solo se han tomado en cuenta intereses económicos, y se ha buscado sobreproteger a

quienes tienen y gestionan los derechos sobre las obras sin que las consecuencias para los usuarios y el interés general hayan sido apropiadamente valoradas.

Una forma común de que la labor académica universitaria llegue a los alumnos es a través de los materiales que los profesores proporcionan en sus clases, las llamadas fotocopias. En la actualidad, sería normal que documentos electrónicos en formato pdf puedan colgarse en intranets o distribuirse a los alumnos a través de correos electrónicos, sustituyendo así al papel, pero la prohibición de utilizar tan siquiera pequeños fragmentos de libros de texto o manuales universitarios en las actividades en el aula seriamente limita esta actividad. Creemos que esto es un serio obstáculo para que el alumno conozca la producción científica de las universidades.

Queda la duda de si dentro de los términos “libros de texto” y “manuales universitarios” se incluyen o no los *papers* académicos. Parece ser, de cualquier forma, que la excepción en favor de las bibliotecas contenida en el art. 37 LPI puede ayudar a complementar los límites de cita y de ilustración de la enseñanza pues otorga un cierto margen de acción a los profesores en sus actividades educativas, sobre todo en lo que respecta a la investigación. El estudio a fondo del art. 37 LPI queda fuera del ámbito de esta tesis. Un amplio estudio del papel de las bibliotecas en la educación universitaria y que ahonda en el límite contenido en dicho artículo se puede encontrar en Muriel Torrado (2012).

El límite contenido en el art. 37 LPI, establecido en favor de bibliotecas y otros establecimientos similares como los museos, las fonotecas, filmotecas o hemerotecas permite ciertas actividades que ayudan a complementar el límite de ilustración de la enseñanza. El apartado 1 de dicho artículo 37 establece que:

*“Los titulares de los derechos no autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.”*

El apartado 3 del mismo art. 37 LPI es aún más pertinente en lo que nos ocupa:

*“No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado <sup>24</sup>y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.”*

Afortunadamente, nada impide que el profesor proporcione el nombre del trabajo al alumno quien puede luego acceder al mismo a través de la biblioteca universitaria o las bibliotecas públicas. Ya no hace falta preocuparse por tener suficientes ejemplares, sobre todo si hablamos de *papers* publicados en revistas en formato electrónico, lo que permite que el alumno pueda acceder directamente a una versión digital del trabajo en cuestión, pues el art. 37.3 permite la puesta a disposición de obras a personas concretas del público a efectos de investigación, siempre que esto se haga a través de una red cerrada e interna y por supuesto debiendo pagar la remuneración equitativa al autor y en su caso respetando las condiciones de adquisición de licencia.

Otra preocupación actual es el delicado estado económico de la Universidad española pero también afortunadamente, existen otras alternativas de acceso libre, que son por lo menos moderadamente esperanzadoras y que ciertamente dan una herramienta más al profesorado y los alumnos para sus actividades educativas y para la investigación científica en la Universidad. Esta preocupación se traslada a muchos otros países en donde la situación económica de las Universidades no es la más óptima.

Hoy en día existen acervos abiertos que contienen muchos y valiosos trabajos académicos que pueden ser consultados de manera individual por cualquier persona interesada. Sitios como la *Social Science Research Network* (<http://www.ssrn.com/en/>) que se ocupa de la puesta a disposición abierta y gratuita de *papers* académicos en el área de las humanidades son herramientas invaluable para el profesor en la actualidad. El sitio que mencionamos tiene incluso acuerdos para publicar la

producción científica de Universidades de prestigio como la escuela de derecho de la Universidad de Stanford o las publicaciones del *European Corporate Governance Institute* entre otros.

Lo mejor sería que no se prohibiera el uso de manuales universitarios y libros de texto amparándose en el límite de ilustración de la enseñanza, pero mientras no exista una reforma legislativa, debido a restricciones como las antes descritas, parece que en España será necesario que tanto profesor como alumno se apoyen más en el límite de cita que en el de ilustración de la enseñanza, pues el primero es el más flexible de los dos. El límite que permite el uso de obras por bibliotecas y establecimientos similares, así como iniciativas que permiten el acceso abierto a trabajos académicos, pueden ser de ayuda para superar las deficiencias descritas.

#### **4.11.3 Uso de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas en ciertos casos.**

El art. 32.2 de la LPI limita los usos con fines de ilustración de la enseñanza a “pequeños fragmentos de obras”, excluyendo como ya hemos dicho, libros de texto y manuales universitarios. Como hemos dicho, se permite que las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo sean usadas al completo, siempre que esto sea de forma aislada.

Aunque se evita tasar cuál es la extensión de los fragmentos que pueden ser utilizados, en esta ocasión se habla de “pequeños” fragmentos de obras, y no de fragmentos, a secas, como en el límite de cita. Esto indica que la extensión en que pueden utilizarse las obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual es aún menor cuando las obras se utilizan amparándose en el límite de ilustración de la enseñanza. Esta es otra instancia en que el límite de ilustración de la enseñanza es más restrictivo que el límite de cita en la LPI.

Lo que parece claro, es que el límite de ilustración de la enseñanza no admitirá en ningún caso que puedan utilizarse obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual al completo, ni siquiera cuando alguna de estas obras es de corta duración. Así lo indica la expresión “pequeños fragmentos”

que parece cerrar la puerta a cualquier uso de una obra completa, por ejemplo una canción, para adornar un video creado con la intención de ilustrar una actividad educativa.

Es necesario dilucidar cuál es la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida a la que se refiere el artículo.

Según la redacción del límite de ilustración que podemos encontrar en los principales Tratados Internacionales, la medida justificada por la finalidad de ilustración puede ser interpretada como que permite tanto el uso de pequeños fragmentos, como de fragmentos más extensos o incluso de incluso obras completas, si es necesario para lograr la finalidad educativa mencionada. No parece que este sea el caso en la LPI.

Dentro del art. 32.2, la frase sirve únicamente para establecer una restricción: la finalidad perseguida debe de ser “*no comercial*.” Así, debido a la restricción que impide utilizar algo más que pequeños fragmentos de ciertas obras, el hablar de que la utilización debe hacerse en la medida justificada por la finalidad perseguida no sirve para aportar ningún tipo de flexibilidad en cuanto a la extensión del uso permitida por el límite.

#### **4.11.4 Beneficiarios: el profesorado de la educación reglada.**

Lo primero que es necesario definir respecto de esta frase es el significado de “educación reglada.”

“Educación” según su definición en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, proviene del latín “*educatio*” y se define como “instrucción por medio de la acción docente.”

Una de las acepciones del término “reglado/a” según el citado Diccionario es: “dicho comúnmente del ejercicio de autoridad pública cuando las disposiciones vigentes no lo han dejado al discrecional arbitrio de esta: Sujeto a precepto, ordenación o regla.”

Por tanto, el término completo, “educación reglada”, aduce claramente a la educación regulada por el Estado. Se refiere al Sistema Educativo, en este caso el español; tanto a las escuelas

públicas como a las instituciones privadas reconocidas por este sistema y a todos los niveles. Uno de esos niveles es el universitario y por lo tanto se incluye tanto a la Universidad pública como a la privada.

En la LPI solo hemos encontrado un indicio de lo que se podría entender como “*educación reglada*”. El art. 37.3 LPI habla de “*instituciones docentes integradas en el sistema educativo español*.” Esta descripción parece encajar a la perfección con la definición que hemos dado anteriormente. Podríamos deducir entonces que para la LPI, las instituciones de educación reglada son aquellas instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, lo que también lleva a concluir que incluye a las universidades tanto públicas como privadas.

La Ley designa específicamente como beneficiario al *profesorado de la educación reglada*. “Dicha expresión legal debe ser equiparada con el personal docente que desarrolle su actividad en el ámbito de una actividad o proceso educacional conducente a la obtención de un título oficial” (Moreno Martínez, 2011:411).

Como el mismo autor comenta, la Directiva Infosoc:

“no incorpora ningún tipo de determinación en torno a los posibles beneficiarios de la limitación con fines de ilustración, sea en relación con los sujetos que pueden estar implicados sea en función de las posibles instituciones educativas que pudieran ser destinatarias. Se ha pretendido con ello que la limitación contemplada en la referida previsión normativa tan solo quede delimitada por el propio objeto...” (Ibíd.:410).

En cambio, el legislador español ha querido ser mucho más restrictivo que la norma comunitaria pues además de imponer el requisito de que los beneficiarios del límite tengan que estar dentro de instituciones educativas concretas, se especifica que el límite solo va dirigido a los profesores que trabajan en dichas instituciones.

Todo lo anterior nos lleva a la desafortunada conclusión de que el legislador ha optado por no incluir al alumno como un beneficiario del límite contenido en el art. 32.2 LPI. Esto quiere decir que

“los alumnos no podrán disfrutar de la excepción, lo que resulta sorprendente” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:59).

La disposición es extremadamente restrictiva en dicho aspecto. No permite usos que de otra forma servirían para alentar que el alumno se involucre más en su propia educación, participando activamente junto con el profesor, de proyectos que no son más que en su beneficio. La educación contemporánea, permeada de nuevas tecnologías, demanda una educación en donde el alumno es tan activo como el profesor. Por ello es necesario que el alumno también pueda disponer de un límite que le permite usos ilustrativos. Hoy en día, los jóvenes están cambiando el modo de aproximarse a su propia educación gracias a Internet. No es raro encontrarse con iniciativas educativas online que parten de los mismos alumnos, incluso a pesar de lo dispuesto en la Legislación.

En Internet existen infinidad de herramientas para la educación, publicadas en blogs, canales de Youtube y otras plataformas online que son creadas por gente que se encuentra fuera del ámbito de la educación reglada pero que sin embargo toma la iniciativa de crearlas, por altruismo, por hacerse un Curriculum o por cualquier otra circunstancia. El problema es que esto supone que quien emprende una iniciativa así se encuentra en riesgo de infringir la Ley.

De acuerdo con la LPI, aunque la intención del responsable de una iniciativa como las antes descritas sea la educación, dicho responsable no puede hacer uso de otras obras para ilustrar sus iniciativas.

Estamos ante una oportunidad perdida, generada por una legislación demasiado restrictiva y que no ha sabido entender adecuadamente el potencial de las nuevas tecnologías para contribuir a la educación de los ciudadanos.

En casos como estos, la LPI resulta demasiado restrictiva pues no permite usos que contribuyen a una finalidad que la misma legislación busca, que es la educación:



“Carece de sentido que el proceso de aprendizaje del alumnado en las nuevas normas educativas esté presidido por un papel más activo del mismo y que, en claro contraste con dicha realidad educativa, el alumnado, a nuestros efectos, si quiere hacer uso de dichas obras a través de estos actos de comunicación pública tan solo pueda hacerlo al amparo del cauce legal más restrictivo del derecho de cita” (Moreno Martínez, 2011:411).

Tanto el alumnado como cualquier otra persona no ligada a la educación reglada, a pesar de lo dicho por Moreno Medina, también tendrá que enfrentarse a los problemas que genera el mismo límite de cita según aparece en el art. 32.1 LPI. Como ya dijimos, dicho límite necesita de una reforma para mejor adaptarse a la realidad actual. El límite de ilustración de la enseñanza necesita de una reforma similar, que lo adecue a la realidad y que lo haga más flexible y le permita ser más inclusivo respecto de los distintos colectivos que contribuyen de una manera u otra a la educación de las personas.

#### **4.11.5 El significado de “ilustración” para el uso de obras.**

Dentro del ámbito del Convenio de Berna, hemos analizado qué actividades pueden ser consideradas como “ilustración” y por tanto están amparadas por el límite correspondiente. Hemos expuesto que, en concepto, existen definitivamente diferencias entre la “cita” (sea con finalidades de crítica, reseña o cualquier otra) y la “ilustración” y, analizado así, parece que la ilustración admite un abanico más amplio de actividades que la cita.

Es necesario determinar si en la LPI se da la misma situación, pues parece que en el derecho nacional se ha concebido a la ilustración de la enseñanza como un límite menos permisivo que el límite de cita. En base a lo anterior, es necesario preguntarse qué actividades que se realizan dentro del aula pueden ser consideradas como actividades de “ilustración” en el contexto de la LPI.

La Doctrina que ha estudiado a la Directiva Infosoc considera que el término “ilustración” debe de interpretarse de la manera más amplia posible pues una interpretación restrictiva dejaría fuera del ámbito del límite usos didácticos que son fundamentales para la educación.<sup>[29]</sup> Además, aunque la LPI no parece haberlo concebido así, desde la Directiva se entiende que el límite de

ilustración de la enseñanza (contenido en el art. 5.3.a) permite mayor flexibilidad en cuanto a la naturaleza y la extensión del uso (Torremans, 2009:384), lo que nos apunta a que las actividades de ilustración son más numerosas que las actividades de cita.

En el ámbito del Convenio de Berna se ha entendido que el término “*a título de ilustración...*” supone un cierto límite, pero no supone que la posibilidad de utilizar una obra completa deba de ser descartado si se dan las circunstancias apropiadas, por ejemplo cuando se trata de obras de corta duración. El límite de Berna no restringe el número de copias de publicaciones, fonogramas u obras audiovisuales hechas con finalidad educativa.

De la misma manera, no restringe el número de personas que pueden recibir una retransmisión hecha con estos fines, por lo que tampoco se pueden limitar las copias. El límite parece estar en la valoración de si los fines educativos se apegan a los usos honrados (Ricketson, 2003:14).

En base a lo anterior se puede afirmar que las actividades de ilustración son más amplias que las actividades consideradas como citas: “(la) excepción con fines didácticos entra en acción cuando se hace algo más que citar la obra protegida por el derecho de autor que se usa para la enseñanza” (Xalabarder, 2009:114-115).

Por ejemplo, el límite de ilustración de la enseñanza, entendido así, debe de permitir la copia (reproducción) y distribución de ejemplares de una obra, o de partes de varias de estas entre los alumnos y no se requiere la necesidad de que las obras ajenas sean incluidas en otra obra. También puede entenderse que permite la reproducción de la fijación de una representación de una obra teatral, o por lo menos de parte de ella dentro del marco de una actividad educativa; o la reproducción de una pieza musical como parte de una actividad dentro del aula.

En la legislación de derecho de autor mexicana (art. 151.III) se permite la utilización de actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones sin que las mismas constituyan violaciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u

organismos de radiodifusión, cuando sea con fines de enseñanza o investigación científica. Esto es un ejemplo de cómo el término ilustración puede abarcar una serie amplia de actos de explotación.

En el caso español las cosas parecen ser diferentes. Aunque parece claro que la ilustración de actividades educativas permite los usos de obras de maneras muy diferentes, el legislador español limita la extensión de dichos usos a “pequeños fragmentos” de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, como ya hemos visto. Si sirve de consuelo, parece que tanto en la LPI como en los Tratados Internacionales, el término “ilustración” incluye los usos digitales a través de Internet.

En nuestra opinión, una de las razones para establecer un límite de ilustración de la enseñanza es permitir mayor amplitud en los usos, en comparación con el límite de cita, pues estos usos se darán en un ámbito educativo que es un ámbito propicio para el intercambio de ideas, información y conocimiento y el desarrollo de la libertad de expresión.

Si ambos límites resultan igual de restrictivos, resultan redundantes y se pierde la oportunidad de tener un sistema de límites complementarios, particularmente en el ámbito educativo, como se ha buscado en la Directiva Infosoc o en el Convenio de Berna.

#### **4.11.6 El uso de obras para actividades educativas dentro de las aulas.**

La interpretación de esta parte del límite es la más crucial para determinar si el límite de ilustración de la enseñanza como está concebido en la LPI es relevante en el ámbito online.

El art. 32.2 limita el beneficio del límite a la ilustración de “*actividades educativas en las aulas*” y según Xalabarder (2009:85), “los antecedentes legislativos indican que el objetivo del art. 32.2 es que se aplique exclusivamente a aulas y entornos educativos presenciales.”

Si el Legislador, al redactar el artículo de la Ley, ha pretendido definir “aula” como el espacio entre cuatro paredes en el que el profesor imparte una clase, entonces habrá hecho del límite un *no límite* que no incluirá uso educativo alguno que se dé a través de Internet, ni siquiera cuando

esa iniciativa parta de ese llamado profesorado de la educación reglada, no se tenga una finalidad comercial y demás requisitos establecidos por la legislación.

En la LPI no se define satisfactoriamente el concepto de “aula” y si llevamos el límite al terreno online, la definición tradicional del concepto se vuelve un serio limitante.

Una interpretación del concepto que no incluya la educación a distancia iría en contra del espíritu de la Directiva Infosoc, cuya transposición motivó la inclusión del apartado 2 del art. 32 LPI. Hemos de recordar que el Considerando (42) de la citada Directiva explícitamente declara que la limitación con fines educativos no comerciales debe incluir a la educación a distancia.

La Directiva entiende que el aula es un espacio en donde se imparte educación, pero que está construido por la actividad en sí, no por paredes físicas, y no es relevante si la educación es presencial o sucede a kilómetros de distancia, si es en tiempo real o es en diferido o bajo demanda. Dentro de una interpretación así cabe entonces un ámbito Universitario en donde se permite el acceso online a alumnos matriculados que previa identificación con un nombre de usuario y contraseña, pueden acceder al material educativo y a las clases del profesor, sin importar si están físicamente en el campus o no, y sin importar si se hace en tiempo real o no.

La doctrina entiende que esta interpretación más amplia del término “aula” es la correcta:

“... no debería interpretarse estrictamente, dada la *ratio* del precepto, en la medida en que esta se mantiene independientemente de que la lección se imparta *on line*, en un aula o en un jardín o museo. Lo relevante es que se haga con ocasión de la lección, y en ese sentido debe interpretarse «en las aulas»”(Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:102).

Además, se debe de tener en cuenta el hecho de que el art. 32.2 permite realizar, sin autorización, tanto actos de comunicación pública como de reproducción que en combinación, permiten usos online sin la necesidad de dicha autorización. Esto puede ser tomado como evidencia de que la intención del legislador es que las actividades educativas puedan trascender el aula física y llevarse a cabo en el ámbito online.

Para Moreno Martínez (2011:428), “una interpretación comprensiva de la enseñanza en línea - limitada o en sistema de transmisión cerrado - en el ámbito de aplicación de la limitación pedagógica, es la que debe prevalecer, por razones de estricta lógica y mayor acomodo a las nuevas realidad educativas.”

Coincidimos con esta interpretación amplia del concepto “aula” pues lo adecuado para las necesidades educativas de hoy en día es que el límite no solo se aplique a las actividades educativas que se dan dentro de cuatro paredes. Consideramos sin embargo, que quizás sería más beneficiosa una redacción del límite que no matice que las actividades educativas deban realizarse dentro de las aulas, para que esto no pueda prestarse a confusión. Al mismo tiempo, consideramos que se debería especificar que en cualquier caso, las actividades educativas incluyen la educación a distancia y la educación online en todas sus modalidades.

#### **4.11.7 La finalidad no comercial perseguida.**

De acuerdo con la redacción actual del 32.2 LPI, una obra solo puede ser utilizada en “*la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.*” Cabe preguntarse entonces si las instituciones privadas de educación superior que persiguen un lucro, quedan fuera del ámbito del límite y por lo tanto no pueden utilizar obras para la ilustración de actividades en el aula sin obtener la autorización de los autores para realizar actos de explotación sobre el material.

La doctrina se plantea esta misma pregunta: “habrá que decidir si la educación reglada impartida en los centros privados puede ser considerada como una finalidad no comercial, a pesar de que frecuentemente dicha enseñanza constituye un negocio con el que se persigue lógicamente la obtención de lucro” (Bercovitz, 2006:59).

El antes citado Considerando (42) de la Directiva Infosoc dice que:

*“al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y*

*los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.”*

En base a esto, se puede afirmar que “no constituye ningún tipo de obstáculo para el desenvolvimiento de la limitación docente que la misma se suscite al amparo de un centro público o privado educativo” (Moreno Martínez, 2011:413). También se puede afirmar que la mención de la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida “...debe entenderse en su justa medida sin interpretarse de forma muy estricta, puesto que la enseñanza reglada puede ser impartida con finalidad – al menos parcialmente – de lucro si no se trata de la escuela o universidad pública” (Bercovitz Rodríguez-Cano 2012:102).

Aunque las Instituciones de educación privada ciertamente persiguen obtener un *beneficio al final del ejercicio*, al mismo tiempo es innegable que persiguen, dinero de por medio o no, la finalidad de educar a las personas que se matriculan en dichas instituciones. Cuando el profesor que pertenece a una institución privada utiliza contenidos para ilustrar sus actividades en el aula, no busca obtener un beneficio económico a partir de dicho uso, no tiene una doble finalidad como sí puede tenerla la institución en donde trabaja, el profesor solo busca complementar o ayudar a la educación de sus estudiantes, que es una de las finalidades de dicha Institución.

Se debe de tener en cuenta que las organizaciones sin ánimo de lucro e instituciones similares que realizan actividades educativas, bien pueden cobrar cantidades pero utilizarlas para sufragar gastos o para su sostenimiento. Esto no tiene por qué suponer *un beneficio al final del ejercicio*.

Aunque los alumnos pagan por recibir una educación, y otros servicios relacionados con la misma, y el lucro de la institución proviene de dichos pagos, la enseñanza en el aula, realizada por el profesor no es la que persigue el lucro. El lucro sí es la actividad de la institución, que como ya dijimos tiene una doble finalidad: lucrar pero también educar. En resumen, el hecho de que una actividad educativa se realice en contraprestación a un pago, no necesariamente la califica como una actividad con finalidad comercial.

Como el límite compete a la ilustración de las actividades educativas dentro del aula realizadas por el profesorado de la educación reglada, no a las actividades de la institución en donde trabaja, no se puede decir que la actividad del profesor es la que persigue la finalidad comercial.

#### **4.11.8 Las obras utilizadas deben de haber sido previamente divulgadas.**

A diferencia de la Directiva, la LPI exige comprobar que la obra ha sido divulgada antes de que pueda ser utilizada a título de ilustración de la enseñanza. Es un requisito añadido a la redacción del límite contenido en el art. 32.2 y solo diremos lo mismo que hemos dicho respecto del límite de cita: si bien este requisito está encaminado a asegurar la protección del derecho moral del autor, sería deseable que se hablara de la publicación o puesta a disposición de manera legal de la obra (que ya implica que se haya autorizado su divulgación), para que la terminología resulte más adecuada con la que se suele usar en el entorno de los Tratados Internacionales.

#### **4.11.9 Deber de citar la fuente y el autor cuando sea posible.**

El respetar la paternidad de la obra utilizada para la ilustración de la enseñanza también es un requisito exigido por el art. 32.2 LPI.

Lo que hemos dicho al respecto del requisito de citar la fuente y el nombre del autor para que la cita sea válida también es de aplicación para este límite de ilustración de la enseñanza.

Decíamos que con respecto de la necesidad de nombrar la fuente y el autor en el límite de cita, el art. 32.1 contenía una notable omisión respecto de otros ordenamientos como el Convenio de Berna o la Directiva 2001/29/CE pues en dichos tratados se establece que solo es necesario cumplir con esta obligación cuando esto es posible. Afortunadamente, en el caso del 32.2, el legislador elige seguir lo dispuesto en la Directiva y establece que *“salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.”*

El problema que se presenta con la regulación de la cita en la LPI y que puede traer consecuencias negativas cuando se pretende utilizar una obra huérfana para tales fines, no se

presenta respecto de la regulación del límite de ilustración de la enseñanza en la legislación española de propiedad intelectual. Con esto, se consigue proteger adecuadamente el derecho moral a la paternidad de la obra, exigiendo la mención de la fuente, sin imponer una obligación al usuario que en ciertos casos puede ser imposible de cumplir.

#### **4.11.10 Hacia una propuesta de *lege ferenda* sobre el límite de ilustración de la enseñanza.**

Restricciones como las que encontramos en el art. 32.2 LPI hacen que en la práctica, el límite de cita y el de ilustración de la enseñanza no sean muy diferentes entre sí. En nuestra opinión no sirve de nada haber adoptado un límite de ilustración de la enseñanza por mandato de una Directiva como la 2001/29/CE si dicho límite no se corresponde con el espíritu del establecido en dicha Directiva.

Tal y como haremos respecto del límite de cita, en el siguiente capítulo de este trabajo una propuesta de *lege ferenda* que esperamos pueda servir como guía para la modificación del apartado 2 del artículo 32 LPI que regula el límite de ilustración de la enseñanza.

Creemos que para que un límite de ilustración de la enseñanza y la investigación pueda funcionar adecuadamente, debe funcionar en conjunto con el límite de cita y ambos deben de ser complementarios.

Un buen límite de ilustración de la enseñanza debe permitir mayores flexibilidades en cuanto a los usos de las obras y no menos que el de cita, dentro de su ámbito de aplicación, restringido a actividades educativas y de investigación. Nótese que ya delatamos nuestra intención de adicionar al límite de ilustración de la enseñanza el que dicha actividad, la ilustración, pueda ser utilizada también con la finalidad de investigación científica, que corresponde a profesores y doctorandos en el ámbito universitario.



Para que este límite pueda continuar siendo útil y relevante en el contexto actual, dictado por las nuevas tecnologías, debe permitir actividades educativas a distancia y en Internet y ser flexible en cuanto a los actos de explotación a los que afecta.

Otra cuestión a analizar será si las restricciones que imponen los Tratados Internacionales y la llamada regla de los tres pasos a la adopción de limitaciones a los derechos exclusivos permiten que propongamos un límite de ilustración de la enseñanza que incluya a más sujetos entre sus beneficiarios, específicamente a terceras personas que busquen realizar actividades educativas por iniciativa propia sin que estén afiliados o lo hagan dentro del ámbito de una institución educativa.

Como ya hemos apuntado, dicho análisis sobre la regla de los tres pasos, y también sobre las medidas tecnológicas de protección se hace en el capítulo siguiente, por lo que nuestra propuesta de *lege ferenda* vendrá después de dicho análisis. Creemos que esto sería positivo, pero falta ver, si esto es verdaderamente posible.

#### **4.12 Canales de VOD en el ámbito Universitario: e-Televisión, un caso práctico que ilustra las deficiencias de los límites contenidos en el art. 32 LPI.**

Antes de concluir con este capítulo, creemos oportuno relatar un caso práctico que sirve para poner de relieve los problemas que la redacción actual de los límites de cita e ilustración de la enseñanza suponen para iniciativas educativas en el ámbito de la Universidad.

El abaratamiento de la tecnología y el ancho de banda a disposición de los usuarios de Internet, cada vez a precios más competitivos, abren la posibilidad de que los profesores puedan utilizar canales del llamado vídeo bajo demanda o en *streaming* online.

Canales de este tipo, generalmente creados con finalidades de enseñanza o investigación, pueden incorporar vídeos creados por los mismos profesores o alumnos bajo dirección de los primeros. Estos videos pueden incluir a su vez, o incluso ser, obras ajenas que se utilizan para dicha

enseñanza o investigación, lo que les colocaría dentro de las categorías de contenidos generados por usuario (UGCs) que antes hemos descrito.

Estas obras ajenas suelen ser vídeos cuyos derechos exclusivos de explotación están en mano de autores y productores. A través de ese tipo de canales son puestos a disposición de un público que puede ser más o menos indiscriminado. Un ejemplo de este tipo de canales en la vida real, son los canales “Análisis ético y estético de cine” y “Periodistas y cine”, ambos pertenecientes al proyecto e-Televisión (Corredoira, 2013). Los dos son iniciativas dentro de los canales académicos de la Universidad Complutense de Madrid (Canales académicos de e-Televisión). A los cuales también pertenece la plataforma RTV-Doc (López Yepes, 2010).



Imagen 4.1 Captura de pantalla del buscador de Canales Académicos UCM que muestra los canales “Análisis ético y estético del cine” y “Periodistas y cine.”

Este es uno de esos proyectos a los que ya nos hemos referido y que por la propia naturaleza de Internet “han convertido a profesores y/o a los equipos que proporcionan la plataforma técnica al método virtual, en agentes activos dentro del tráfico de Internet” (Martín Salamanca, 2005:21); y por lo tanto como posibles responsables de infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual.

Como ya hemos visto, la Ley resulta demasiado restrictiva en cuanto al uso de contenidos protegidos que permite a profesores e investigadores, especialmente si lo comparamos con la cantidad de opciones y recursos que la red ofrece.

El desarrollo de la tecnología siempre va más rápido que el Derecho positivo y plataformas como estas generalmente presentan problemas para cumplir completamente con la Ley que no siempre puede ajustarse a lo que Internet permite.

Lo restrictivo de la Ley imposibilita a los profesores para poner a disposición de los alumnos canales de VOD si quieren cumplir con la legislación vigente. En la práctica, les obliga a *jugársela* y no cumplir completamente con la norma, valiéndose también de lagunas legislativas o incertidumbres jurídicas, con tal de poder concretar su iniciativa y poner la herramienta de enseñanza online a disposición de los alumnos.

A pesar de que como dice García Sanz (2005:21): “el Derecho no debe ignorar y debe dialogar con la técnica y el mercado en aras al fin último supremo de las instituciones: el progreso científico y cultural de la Humanidad”; el afán legislativo de querer proteger a los tenedores de los derechos de autor y de controlar el uso de las obras protegidas a toda costa, sin tener en cuenta la realidad actual consecuencia de Internet, termina haciendo imposibles de cumplir todos los requisitos que pide la Ley para que los docentes puedan gozar de los límites y excepciones que esta, en aras del interés público, ha puesto a la propiedad intelectual y los derechos de autor.

#### **4.12.1 Canales de video *on demand* y la LPI.**

El VOD (*video on demand* en inglés, y literalmente vídeo bajo demanda o vídeo a la carta en español) es un método de exhibición de vídeos a través de *streaming* online. En la actualidad es extremadamente popular en Internet y plataformas que se basan mayormente en contenidos generados por el usuario, siendo el líder *Youtube*, y plataformas que ofrecen contenidos protegidos (películas, documentales, series de televisión), siendo el líder mundial la también norteamericana *Netflix*, son una gran parte del tráfico de Internet (Global Digital Media - The Dynamic Digital, IPTV and Smart TV Markets, 2014). De hecho, estas dos compañías suponen la mitad de todo el tráfico en Internet en Estados Unidos en determinados momentos (Solsman, 2013).

Con el VOD, el usuario puede ver el contenido al mismo tiempo que se está descargando. También es posible elegir esperar para ver el vídeo hasta que se haya descargado por completo. El VOD ofrece una serie de opciones, ya que el vídeo está cargado en la memoria caché del ordenador.

Por ejemplo, el usuario puede elegir entre pausa, reproducir, adelantar o retroceder el vídeo. El usuario también puede saltar de una parte a otra del vídeo a placer.

De la descripción anterior podemos identificar los siguientes elementos relevantes de acuerdo con lo dispuesto en la actual LPI, respecto a cuál es la naturaleza de la explotación de las obras difundidas a través de una plataforma de VOD:

- Es un método de exhibición de vídeo y por lo tanto se trata de una comunicación pública de obras de acuerdo con el art. 20 LPI: *“Se entenderá por comunicación pública a todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.”*
- Como los vídeos son distribuidos a través de Internet, existe la puesta a disposición de la obra. Según el mismo artículo 20, en su apartado 2, inciso 1) señala que entre los actos de comunicación pública se encuentra el derecho de puesta a disposición de la obra: *“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”*
- De acuerdo con el art. 122 de la misma LPI, al tratarse de obras audiovisuales, la autorización de su comunicación pública corresponde al productor de las mismas.
- Como hemos dicho, las actividades en Internet suelen requerir, además de la comunicación pública de la obra, su reproducción. En los canales de VOD se da por supuesta la reproducción de obras pues el vídeo está almacenado en un servidor principal o una red desde donde es transmitido al usuario que lo almacena a su vez en su memoria caché, aunque sea de manera temporal. Se trata de una reproducción de acuerdo con el art. 18 LPI: *“se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o parte de ella, que*

permita su comunicación o la obtención de copias.” Según el art. 17 LPI, el ejercicio exclusivo de este derecho corresponde al autor y, al tratarse de una obra audiovisual de acuerdo con el art. 121 LPI, corresponde al productor de la primera fijación de dicha obra. El usuario puede optar entre ver el vídeo mientras se descarga o, esperar a que se descargue completamente en la memoria RAM de su ordenador. También habría que apuntar que algunos sitios de VOD permiten al usuario descargar el contenido disponible al disco duro, así como obtener un link directo al vídeo, funcionalidades que permite compartirlo en redes sociales (que en realidad no son más links al contenido o un código *embed* que le permite incrustarlo en algún otro sitio web o blog (lo que se llama opciones de *sharing*)).

- Al menos en el caso de los canales de e-Televisión que hemos mencionado, no se da la transformación de la obra, y en ningún caso de VOD se da la distribución de la obra pues según el art. 19 LPI, con la transmisión de obras por Internet, en general, no existe la distribución de la obra, pues no hay reparto de ejemplares, aunque de la comunicación pública de esta resulte que el receptor pueda fabricarse una copia. Esto quiere decir que incluso en los canales de VOD en que se puede descargar el vídeo, no se da la distribución de la obra.

Los límites al ejercicio de estos derechos para ciertos usos concretos, entre ellos la ilustración de la enseñanza y la investigación o la cita, son los que ofrecen una base jurídica para que los canales de VOD utilizados para la docencia puedan existir, si bien, como ya hemos expuesto, nos parece que la legislación no está especialmente preparada para regular con solvencia sobre estos contenidos.

#### **4.12.2 El caso de los canales de VOD de e-Televisión: Límites en los que pueden ampararse.**

En los dos canales VOD de e-Televisión, “Análisis ético y estético del cine” y “Periodistas y cine”, mediante la tecnología pertinente, se han subido a un servidor con acceso limitado, clips, o lo que es lo mismo fragmentos, de vídeo de películas de duración variada, pero siempre con la intención de analizar dichos clips o fragmentos a la luz de los temas pertinentes que después pueden ser discutidos en el aula.

**Buscador de los Canales Académicos**

© Televisión: Estudios y Aplicaciones  
 Directora: [Lorena Corredora](#)  
[Página principal](#)

RESULTADO DE LA BÚSQUEDA (33)

 <b>1. Análisis ético y político del pino. Los Puentes de Madrid</b> (01:46:12)	 <b>2. Análisis ético y político del cine. Asmatelara, Neri</b> (01:35:49)	 <b>3. Periodistas y cine. El Año</b> (01:17:34)	 <b>4. Periodistas y cine. Avanzada de Malicia</b> (01:50:17)
---	--	--	---

---

**Título:** Periodistas y cine. Buena Vista

**Autor:** Canal Instituto de Cine, © Televisión

**Materia:** Periodistas y cine. Derecho de la Información; RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL PROFESIONAL DE LA INFORMACIÓN; PUBLICACIÓN DE LA VERDAD

**Descripción:** Regan Carter, una joven y ambiciosa periodista, atua en un artículo, haciendo uso de una filtración dispuesta por la Fiscalía, a Michael Gagliardi, hijo de un antiguo jefe mafioso, de ser culpable de la deserción de un super criminal. El atentado idea un alto pero solo alcanza la atención y eso, a la vez, un escándalo a la periodista y su diario. Se incluyen tres fragmentos. Uno sobre la publicación de la información y el uso de filtraciones, uno sobre el consentimiento de consentirse y, un tercero, sobre la verificación del medio.

La intimidad de la persona se refiere principalmente a su ideología y tendencia de comportamiento social, y está estrechamente relacionada con la privacidad. Aunque por sus actos decide cual es su intimidad, cada persona puede reservarse parte su privacidad al realizar manifestaciones entre ella, al realizar una información, se debe salirse tal es el alcance real en la noticia de determinado aspecto de la intimidad, y si esto es impropio y además puede causar perjuicio a un ser humano, siendo:

- La responsabilidad ética, la conciencia, se basa en el amor-amor. Cuando profesionalmente sabemos que hemos actuado incorrectamente, el comportamiento tiene a convertirse después todo. Sin embargo, saber rectificar y aprender del error para mejorar el trabajo futuro es nuestra más valiosa.
- La rectificación que recoge la crítica no es ni de la periodista ni del medio, sino desde la Fiscalía, o propiamente por el propio afectado.

**Editor:** Dra. Lorena Corredora y Afonso

Contenido: Carolina Domínguez Velasco (carolinadominguez@ucm.es)

428

El uso de los contenidos de estos canales, que tienen una finalidad educativa, a primera vista, debería estar amparado por alguno de los límites al derecho de autor previsto en el art. 32 LPI, es decir, el límite de cita o el de ilustración de la enseñanza

Ahora bien, aunque ambos límites del art. 32 LPI permiten el uso de fragmentos de obras siempre y cuando se haga con fines de docencia o de investigación, es preciso determinar cuál es más idóneo para amparar usos como los que requieren estos canales de VOD. Lo anterior, a pesar de que, en la práctica, ambos límites son bastante similares en cuanto a lo que permiten hacer.

Más allá de la finalidad educativa o de investigación, ¿El uso de los fragmentos de obras protegidas se hace a título de cita para su crítica o reseña, con una finalidad educativa, o se hace para la ilustración de las actividades educativas en el aula?

En nuestro caso, se trata de la inclusión de obra ajena en obra propia, pues los canales en sí son obras multimedia que hacen uso de fragmentos de vídeo y se complementan con un texto que sirve para analizar dichos fragmentos haciendo una crítica de los mismos desde la óptica de conceptos éticos o de Derecho. La inclusión de obra ajena en obra propia para los fines antes descritos encaja dentro del supuesto del límite de cita contenido en el art. 32.1 LPI.

Los canales, como obra multimedia al completo, pueden ser utilizados para actividades de ilustración de la enseñanza en las aulas, en concreto en materias relacionadas con periodismo y ética o periodismo y Derecho. Pero el hecho de que se trata de obras ajenas incluidas en una nueva obra, la obra multimedia aunado a la crítica que acompaña a los videos utilizados y al hecho de que esto se hace en un contexto educativo hace pensar que es más adecuado encuadrar a los canales de e-Televisión en el supuesto previsto en el límite de cita.

El que los canales encajen en el supuesto mencionado no es el único motivo por el que debe preferirse el límite de cita para amparar los usos que hacen posible la iniciativa de e-Televisión.

Como hemos analizado, en la LPI española el límite de ilustración de la enseñanza es más restrictivo que el de cita, lo que hace siempre preferible ampararse en el límite más flexible de los dos.

A continuación tratamos con más detalle ciertos elementos que hacen preferir el límite contenido en el primer párrafo del art. 32.1 y no el límite contenido en el 32.2 LPI.

#### **4.12.2.1 La extensión de la obra utilizada.**

Los vídeos que podemos ver en estos canales son fragmentos de obras ajenas de naturaleza audiovisual divulgadas con anterioridad. Son todos ellos escenas o secuencias de películas concretas y de duración diversa.

El límite de cita, como aparece en el 32.1 LPI limita la extensión del uso a fragmentos de obras audiovisuales siempre que la inclusión en obra propia se haga a título de cita. El límite de ilustración de la enseñanza en cambio, aunque no exige la incorporación de la obra ajena en obra nueva, limita la utilización a *pequeños* fragmentos de obras audiovisuales.

Ya que los fragmentos utilizados son pasajes de obras audiovisuales completas que van acompañados de un análisis de dichos pasajes, la duración de los mismos variará en función de dicho análisis. Resulta obvio que es mejor ampararse en el límite que parece ser más flexible en cuanto a la extensión. Ese es el límite de cita pues parece que logrará salvar a los canales de tener que utilizar fragmentos excesivamente cortos que no les permitan realizar el análisis de la obra audiovisual de manera adecuada.

Si es así, la extensión de la utilización estará limitada en función de la medida justificada por la finalidad, que es ese análisis del que hablamos. Esto otorga cierta flexibilidad en cuanto a la extensión, que en el límite de cita de por sí se presupone mayor que con respecto del límite de ilustración de la enseñanza. Como dice Ribera Blanes (2002a:265): “... la cita no se mide exclusivamente en relación con su longitud, sino también en función del valor y del mérito de lo



citado.” Creemos que el análisis que acompaña a cada vídeo servirá para justificar su uso amparándose en el límite de cita.

#### **4.12.2.2 Los beneficiarios de uno u otro límite.**

Como ya hemos visto, el límite de ilustración de la enseñanza en su redacción actual, restringe a los beneficiarios del mismo dejando fuera a varios grupos de individuos relacionados con la educación. Dicho límite solo permite al “profesorado de la educación reglada” hacer usos no autorizados de obras amparándose en el mismo.

Los canales de e-Televisión están concebidos para que el alumno participe activamente con el profesor. Dirigidos por la profesora Corredoira y Alfonso, son sus mismos alumnos los que han seleccionado clips de películas. Bajo la supervisión del docente, han redactado e incorporado los textos que analizan las obras en el contexto de los temas tratados en clase. Después, un equipo técnico hace posible que puedan ser subidos y presentados en la plataforma online que se pueden ver en las capturas de pantalla de las figuras 4.1 y 4.2.

Hemos dicho que un gran problema con el límite de ilustración de la enseñanza es que deja fuera de la posibilidad de ampararse en el límite al alumno. De nuevo, resulta mejor ampararse en el límite de cita pues aunque el art. 32.1 ciertamente no es *erga omnes* en cuanto a sus beneficiarios, por lo menos no se limita solamente a ese “*profesorado de la educación reglada*.” Esta restricción en el límite de ilustración de la enseñanza impediría al alumno participar del proyecto que ahora describimos, lo cual es otro motivo para desaconsejar ampararse en el mismo.

Una forma de encajar el uso de obras ajenas en los canales de e-Televisión en el límite del 32.2 LPI podría ser considerar a los contenidos de los canales educativos de Videoma como una obra colectiva de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 LPI, que dice que obra colectiva es:

*“la creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma,*

*para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.”*

Se puede argumentar por tanto, que en estos canales de VOD, el profesor tiene la calidad de editor, pues es quien coordina y da el visto bueno a la obra escogida y el texto que la acompaña. Además, es él, o gente coordinada por el mismo, quien valiéndose de la tecnología adecuada, quien sube el contenido al sitio. De acuerdo con la Ley, es al editor a quien, salvo pacto en contrario, le corresponden los derechos sobre la obra derivada de ese trabajo pero sería también la persona sobre quien recaería la responsabilidad de utilizar la obra y por lo tanto la persona que invoca el amparo de un límite para hacerlo sin autorización y como sabemos, al ser un profesor de la educación reglada, podrá invocar el límite de ilustración de la enseñanza.

Habría que ver si el límite de ilustración de la enseñanza puede interpretarse en estos términos y actualmente no existe jurisprudencia al respecto. Quizás una interpretación en estos términos serviría para que el límite realmente tuviera la capacidad de fomentar que se involucre al alumno en su propia educación y participar, junto con el profesor, de un proyecto que no es más que en su beneficio.

Pese a lo dicho, ofrecemos este argumento como guía para cualquier otro que crea que se encuentra dentro de ese supuesto, pero lo más seguro, desde un punto de vista legal, sería invocar el límite de cita contenido en el art. 32.1 LPI y no el de ilustración de la enseñanza.

Por lo demás, no parece haber ningún otro inconveniente pues se cumple con la obligación de utilizar obras previamente divulgadas, además se hace con fines docente so de investigación y se indica la fuente y nombre del autor de la obra utilizada.

Aunque aparentemente ampararse en el límite de cita sería preferible, puesto que es menos restrictivo, como veremos a continuación debido a las disposiciones relacionadas con la prohibición de la elusión de las medidas tecnológicas de protección y su relación con los límites al derecho de

autor, parece que nos veremos forzados a tener que ampararnos en el límite de ilustración de la enseñanza aunque no parezca el más idóneo.

Hemos decidido tocar lo pertinente respecto de las medidas tecnológicas en el siguiente capítulo por lo que el lector deberá remitirse al mismo para una exploración más a fondo del tema.

#### **4.12.2.3 Los canales de VOD y las medidas tecnológicas de protección: el problema del acceso a los contenidos.**

Las medidas tecnológicas de protección sirven el acceso y utilización de las obras cuando las mismas están en formato digital. En el caso de las obras audiovisuales suelen impedir cualquier acción sobre las mismas más allá del visionado. No solo suelen impedir que el usuario pueda realizar una copia digital del mismo contenido, también impiden que se extraigan fragmentos de la obra audiovisual, como los clips de video que son utilizados en los canales de VOD de e-Televisión.

Tanto la legislación española como la internacional, prohíben la elusión de dichas medidas de protección así como la distribución de dispositivos o programas informáticos que permitan desactivar dichas medidas (art. 160 en la LPI). Al mismo tiempo, el art. 161 LPI obliga a los tenedores de los derechos sobre las obras en cuestión a facilitar a los beneficiarios de un límite al derecho de autor, cuando pueden ser considerados como usuarios legítimos, los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad.

Como hemos visto, es posible argumentar que los canales de VOD de los que hablamos pueden ampararse en el límite de cita según lo dispuesto en la legislación vigente, por lo que por lo menos el profesor (si se es tan riguroso que se excluye al alumno) podrá ser considerado como un usuario legítimo puesto que se cumplen con los requisitos establecidos en el art. 32 LPI. En el caso particular de las obras utilizadas en los canales académicos de la Complutense se ha accedido a copias en DVD que forman parte del acervo de la biblioteca de la Universidad, por lo que se puede afirmar que se ha accedido a las obras de manera legítima.

Sin embargo, el problema que se presenta por el texto del 161 LPI vigente se debe a que dicho artículo contiene una lista cerrada de límites que son los que requieren que el tenedor de los derechos de acceso al beneficiario. Entre esos límites si está el límite de ilustración de la enseñanza previsto en el 32.2 (inciso c) ¡pero no está por ningún lado el límite de cita contenido en el 32.1!

Aunque se ha accedido a las obras protegidas que se pretenden utilizar de manera legal como hemos dicho, si las medidas de protección siguieran activas, no habría manera alguna de justificar la desactivación o elusión de una medida tecnológica de protección o de exigir que el tenedor de los derechos desactivara dichas medidas si lo que se invoca es un uso basado en el límite de cita.

Esto tendría como consecuencia que para poder exigir la desactivación de las medidas tecnológicas de protección, tendríamos que dar marcha atrás y recomendar entonces que los usos se amparen en el límite de ilustración de la enseñanza a pesar de que como ya hemos concluido, este es mucho más restrictivo.

Si se tratara de obras puestas a disposición online, entonces cabría la posibilidad de que el profesor tenga que atenerse a lo dispuesto en un contrato de licencia online, es decir, los términos de usuario que mediante previo pago permiten acceder a los contenidos. En ese caso, puede ser que el tenedor de los derechos autorice que sus obras sean utilizadas con la finalidad de realizar una cita amparada en el art. 32.1 LPI pero por supuesto habrá que atenerse a la voluntad de dicho tenedor de los derechos quien bien puede decidir justamente lo contrario.

Parece ser que la interferencia de las disposiciones en materia de medidas tecnológicas de protección podría impedir en algunos casos el que canales VOD puedan ampararse en el límite de cita. La única opción que quedaría sería ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza y esto traerá varias consecuencias que presentamos a continuación.

#### **4.12.2.4 Implicaciones de que los canales de VOD deban ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza contenido en el art. 32.2 LPI.**

Ya hemos expuesto algunas de estas consecuencias. La primera sería que la extensión de los fragmentos a utilizar tendrá que ser la más corta posible pues recordemos que el 32.2 LPI solo permite utilizar pequeños fragmentos de obras lo que supone que dichos fragmentos deban de ser de una duración menor que si se considerase que el uso está amparado en el límite de cita.

Además, será necesario argumentar que los canales se hacen con el profesor en calidad de editor de una obra colectiva pues de lo contrario la restricción de que el beneficiario del límite de la ilustración de la enseñanza sea solamente “el profesorado de la educación reglada” dejará irremediabilmente a los alumnos fuera del amparo del límite. De otra forma, la iniciativa podrá ser emprendida por el profesor, pero no podrá contar con la participación de sus alumnos.

Habrà que atender a que el uso deberá de ser en “la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida” que permite el límite, aunque esto, en el ámbito de una Universidad pública como la Complutense, en donde se encuentran los canales, no debe de suponer un problema. Tampoco debería serlo para una Universidad privada pues la actividad de ilustración es la que no tiene que estar orientada hacia el lucro.

Ya hemos dicho que parece ser que el hecho de que los usos con motivos de ilustración de la enseñanza sean solo para “actividades educativas dentro del aula” no tiene que ser interpretado de manera demasiado estricta. Por lo menos no de forma tan estricta que no permita la educación a distancia o a través de Internet. Aula es un concepto que incluye la clase en donde están presenten profesor y alumnos, pero no simplemente el espacio entre cuatro paredes.

Aún así, solo está claro que el concepto de aula incluye, respecto de Internet y la educación a distancia, a los “campus virtuales” y las redes cerradas pero no a la web completamente en abierto. Por ello, y también para que la utilización pueda pasar la prueba de los tres pasos si el límite es sometido a su escrutinio, será necesario que el acceso online a los canales se mantenga dentro de un ámbito Universitario en donde solo alumnos matriculados puedan visionar los contenidos. Esto

significa que será necesario requerir al alumno proporcionar un usuario y contraseña para poder acceder a dichos contenidos.

Como vemos, lo que se puede hacer o no hacer en una iniciativa como los canales académicos de e-Televisión bajo el amparo de los límites a los derechos exclusivos, se ve seriamente reducido si uno se ve forzado a ampararse en el límite de ilustración de la enseñanza según aparece actualmente en el art. 32 LPI. Se corre incluso con el peligro de que los canales no puedan ampararse en absoluto en dicho límite.

Es por ello que consideramos necesaria una modificación a la redacción de ambos límites contenidos dentro de dicho artículo 32. Confiamos en que nuestras propuestas de *lege ferenda*, expuestas en el siguiente capítulo, den la suficiente flexibilidad tanto al límite de cita como al de ilustración de la enseñanza de tal manera que ampararse en uno u otro límite realmente sea viable y permita al beneficiario alcanzar la finalidad que se propone con la utilización.

#### **4.13 Conclusiones al capítulo.**

Como hemos expuesto a lo largo de este trabajo y retomado en este capítulo, el derecho de autor tiene entre sus finalidades el coadyuvar a la protección y realización de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión y el derecho a la educación. De la misma manera, se debe proteger al creador pues es necesario darle un incentivo para crear y divulgar su obra. Esto nos asegura que el mismo ejerza su libertad de expresión y al mismo tiempo permite a la sociedad conocer y participar de su obra en beneficio del interés general.

El derecho de autor y el derecho a la educación son dos derechos que persiguen finalidades similares, pero a pesar de ello, a menudo entran en tensión en lo que respecta al acceso a los contenidos protegidos. Se hace necesario entonces limitar ciertos derechos, para permitir el fomento y disfrute de otros derechos, especialmente si estos últimos son de una jerarquía mayor.

Reconocido el derecho a la educación como un derecho que vela por el interés general y que se ha elevado incluso a la categoría de derecho fundamental, se hace necesario entonces establecer límites específicos en beneficio de las actividades educativas, la investigación científica e instituciones que sirven para preservar y difundir el conocimiento como son las bibliotecas, museos y archivos. Así, se busca estimular el conocimiento entre todos los miembros de la sociedad.

La legislación del derecho de autor suele reconocer la función social que está detrás de la protección y por lo tanto entiende que el mismo no debe de ser considerado un derecho absoluto y por lo tanto establece límites y excepciones que permiten asegurar, o por lo menos aspirar a, un equilibrio adecuado entre el control y el acceso a las obras.

Durante el pasado siglo y lo que llevamos de este, ha habido esfuerzos por parte de la comunidad internacional por alcanzar una protección uniforme en cuanto a los derechos de autor se refiere. De la misma manera, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, han cristalizado esa necesidad de promover el derecho a la educación en los límites que permiten ciertos usos encaminados a la finalidad educativa y de investigación académica y han buscado la protección uniforme de los mismos a través de Tratados Internacionales que imponen la necesidad de adaptar también las legislaciones locales.

Dentro de un sistema de Derecho internacional de protección al derecho de autor en la legislación han aparecido límites específicos en beneficio de instituciones académicas, en concreto uno al que se le suele llamar límite de ilustración de la enseñanza e investigación. También se ha adoptado el límite de cita, dirigido a la población en general, garante de la libertad de expresión pero de gran importancia para las finalidades académicas. También se han establecido otros límites en beneficio de bibliotecas, museos y archivos. En este capítulo hemos analizado a detalle los límites de cita y de ilustración de la enseñanza en el ámbito de los Tratados Internacionales, la legislación comunitaria europea, en específico la Directiva 2001/29/CE y la Ley de Propiedad Intelectual española.

Sabemos que es fundamental contar con límites adecuados dentro de la legislación de cada país que permitan aprovechar al máximo los recursos culturales y científicos disponibles para la sociedad y, tomando en cuenta el desarrollo tecnológico actual en materia de contenidos digitales y su distribución a través de Internet, sin paralelo a lo largo de nuestra historia, la legislación debe también de permitir aprovechar al máximo la enorme capacidad de dichas tecnologías para diseminar el conocimiento.

La cuestión que hemos analizado es si realmente la legislación existente, y en específico los límites previstos, efectivamente garantizan y contribuyen al fomento de la educación, la investigación y la difusión del conocimiento y además lo hacen con solvencia frente al reto que suponen las nuevas tecnologías. Existen otros elementos, como las medidas tecnológicas de protección y en especial, la regla de los tres pasos, que tienen gran peso en la capacidad de los límites mencionados para poder alcanzar sus finalidades y sacar provecho de las tecnologías digitales.

#### **4.13.1 El límite de cita según el Convenio de Berna.**

El derecho o límite de cita, que como ya dijimos, va dirigido a la sociedad en general pues es un garante de la libertad de expresión está regulado en el art. 10(1) del Convenio de Berna que impone una obligación a los firmantes de adoptar dicho límite en sus ordenamientos nacionales.

Después de analizar legislación y doctrina, y debido a las obligaciones contraídas en el Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor, llegamos a la conclusión de que la cita limita a los derechos exclusivos de reproducción, traducción, distribución y comunicación pública, que incluye además el llamado derecho de puesta a disposición del público.

Dado que cualquier actividad que se lleve a cabo a través de Internet conlleva por lo menos realizar actos de reproducción y de comunicación pública, es importante que los ordenamientos



jurídicos reconozcan que la cita limita por lo menos a estos derechos, de lo contrario, la protección de la libertad de expresión a través de este límite se verá coartada en el ámbito online.

Consideramos que la mejor forma de asegurar que el límite de cita cumpla su objetivo, es interpretarlo de manera amplia y flexible en cuanto a los usos que permite, sin tomar en cuenta si este se hace a través de medios digitales o medios análogos.

La redacción que utiliza el Convenio de Berna para establecer el límite de cita es lo suficientemente abierta y flexible para ayudar a cumplir con los objetivos de los que hablamos. Sin embargo, existe un gran obstáculo para que dicha redacción realmente sirva para resolver algún problema. Aunque el garantizar un límite de cita es obligatorio para los firmantes del Convenio de Berna, la redacción del mismo no es de adopción obligatoria y se deja a los legisladores nacionales decidir la forma en que dicho límite aparecerá en sus legislaciones locales.

Las diferencias en redacción entre las legislaciones nacionales, provocan diferencias sumamente importantes en cuanto a lo que el límite permite y dan como resultado el que no exista una protección uniforme de los derechos fundamentales relacionados con el mismo. A nuestro parecer, la libertad de expresión se ve particularmente afectada por esta situación.

Existen países que limitan quién puede ser el beneficiario del límite de cita, dejando fuera del mismo a una gran parte de la sociedad, mientras que otros se dirigen al público en general. Otros países han elegido restringir el tipo de derechos exclusivos que pueden verse afectados por el derecho de cita o la han restringido solo a ciertos tipos de obras y han causado que el mismo prácticamente desaparezca en el ámbito online o por lo menos que el potencial de los medios digitales para beneficiar el interés general se vea limitado.

Ciertos países han decidido limitar cuantitativamente el límite de cita optando por establecer arbitrariamente las porciones de obras que pueden ser utilizadas amparándose en el mismo. Todo lo anterior, se ha hecho a pesar de que el Convenio de Berna no establece que esto deba de ser así. En

algunas legislaciones nacionales los elementos presentes en el 10(1) del Convenio de Berna que son capaces de aportar flexibilidad, han sido totalmente nulificados.

Para nosotros, que el límite de cita sea de adopción obligatoria pero los principales elementos de su redacción no lo sean, es una oportunidad perdida de avanzar hacia una protección más uniforme de la libertad de expresión y por ende también del acceso a la información y a la cultura en el derecho de autor de los distintos países de la comunidad internacional.

Como el derecho de cita puede servir a las instituciones educativas para poder realizar ciertos usos que no están amparados por un límite para usos con finalidades educativas, tradicionalmente más restrictivo en cuanto a lo que permite, también se trata de una oportunidad perdida para impactar positivamente al derecho a la educación y la investigación científica.

Los efectos positivos del Convenio de Berna para garantizar unos límites realmente efectivos, que protejan al usuario y avancen hacia los objetivos para los cuales se han creado, prácticamente desaparecen en los límites adoptados en cada legislación nacional específica.

#### **4.13.2 El límite de cita según la Directiva 2001/29/CE.**

A la luz de lo que acabamos de exponer respecto de este mismo límite como aparece en el Convenio de Berna, acerca de la falta de una redacción de adopción obligatoria de dicho límite, a nivel de la Directiva Europea nos parece inexplicable que el límite de cita sea de adopción facultativa. Como consecuencia de esto, se pone en riesgo una protección uniforme de la libertad de expresión en el ámbito de la Unión Europea, una de las regiones del mundo considerada como referente en los valores democráticos y la defensa de las libertades fundamentales.

Los Estados miembros tienen entonces la facultad de introducir este límite en su legislación o no y además tienen la facultad de redactarlo en sus propios términos lo que, como sucede en el ámbito internacional, en el Derecho interno de los distintos países europeos hay grandes diferencias en la configuración del límite de cita.

Una de las consecuencias de esto es que para los países que han decidido adoptar el límite, la misma Directiva permitirá que el límite adoptado pueda ser igual o más restrictivo que el consagrado en la misma, pero nunca permitirá que un Estado miembro pueda adoptar mayores flexibilidades si así lo considera.

A pesar de que una de los objetivos de la Directiva Infosoc es la armonización de la legislación entre los países, los límites de adopción facultativa poco contribuyen a lograr dicho objetivo.

Existe gran disparidad entre lo que los países miembros han decidido adoptar como límite de cita. Algunos limitan el tipo de obras que pueden ser citadas mientras que otros no lo hacen, algunos limitan a los beneficiarios del límite mientras que otros lo dirigen a la población en general y algunos establecen límites cuantitativos y cualitativos para la porción de una obra que puede ser citada mientras otros no lo hacen.

Algunos países guardan silencio respecto de los actos de explotación permitidos, mientras que otros hacen referencia expresa a dichos actos de explotación. La misma Directiva establece que el límite de cita, al estar en el grupo de límites del art. 5.3, concierne a los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución.

No hay nada en la Directiva Infosoc que indique que la cita no pueda ser válida en el ámbito online pero al mismo tiempo, nada impide a un Estado miembro limitar el límite a los usos analógicos si así lo desea.

Todo lo anterior genera que haya poco espacio para la flexibilidad, pues recordemos que con los límites de adopción facultativa se puede ser más restrictivo que la Directiva pero no más flexible.

El que la cita no sea un límite obligatorio tiene como consecuencia la mencionada falta de uniformidad en la defensa de la libertad de expresión, pero además, al ser uno de los objetivos de la Unión Europea, y de la Directiva Infosoc, la consolidación del mercado único, se genera una falta de

seguridad jurídica a la hora de hacer usos de obras amparándose en el límite de cita pues, particularmente con la irrupción de Internet, puede ser que sea necesario invocar el límite de cita en distintas jurisdicciones de países de la Unión. Así, tanto las metas de armonización de la Directiva como de consolidación del mercado único europeo están lejos de conseguirse.

#### **4.13.3 El límite de cita en el art. 32 LPI.**

Hemos identificado varios problemas respecto del límite de cita según está previsto en el art. 32.1.I de la Ley de Propiedad Intelectual española. Algunos de estos problemas son compartidos con el límite de cita según aparece en los Tratados Internacionales y en la Directiva 2001/29/CE, y otros son producto de la redacción del mismo en la LPI, en donde el legislador nacional ha optado por ser mucho más restrictivo que sus contrapartes internacionales.

Creemos que la parte del art. 32.1 LPI que exige que la obra citada haya sido previamente divulgada debe de ser modificada, sobre todo para asegurarse al lenguaje de la Directiva Infosoc y los Tratados Internacionales que no hacen referencia al derecho moral a la divulgación de la obra. Resulta mejor referirse a una exigencia de comprobar que la obra ha sido puesta legalmente a disposición del público pero solo por seguir la tendencia internacional. Además, el exigir la comprobación de que una obra ha sido previamente divulgada puede hacer muy difícil que un usuario pueda utilizar una obra huérfana pues la comprobación de esto es casi imposible aunque también es cierto que este problema puede aparecer también si la redacción del artículo se refiere a la puesta a disposición legal de la obra y no al derecho moral de divulgación.

Lo más importante en todo caso, respecto de las obras huérfanas, es tratarlas de forma diferente y no exigir la comprobación de que la obra haya sido puesta legalmente a la disposición del público si esto no es posible. De esta forma se da más garantías al autor que desea incorporar parte de una obra huérfana en su obra propia.

Siguiendo este mismo razonamiento, hemos concluido que es necesario también modificar la parte del artículo que exige la mención de la fuente y el nombre del autor pues puede traer problemas similares respecto de las obras huérfanas. Así, debe de añadirse la frase “cuando sea esto sea posible” a dicha exigencia, de manera similar a como aparece en el art. 5.3.d) de la Directiva Infosoc que establece que respecto del límite de cita ha de indicarse “*salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor...*”

Respecto de los condicionantes finalistas del límite de cita en la LPI, en primer lugar, hemos identificado que en el art. 32.1 está presente el mismo criterio diferenciador de la cita con usos amparados con otros límites y que es la necesidad de que exista la incorporación de una obra ajena en la obra propia. Como dice el Tribunal Supremo, esta incorporación es necesaria para que una cita sea válida, junto con los demás condicionantes respecto de la finalidad: que la cita sea para el análisis, comentario o juicio crítico y que tengan finalidades docentes o de investigación.

Respecto de las condiciones relativas al análisis, comentario o juicio crítico, una parte de la doctrina plantea que en la LPI existe la cita “en sentido estricto” y que es uno más de los usos permitidos, junto con el análisis, comentario o juicio crítico. Concebir a la cita de esta manera sirve para argumentar que es posible la cabida de otras citas más ajustadas a los usos sociales como lo son las citas llamadas “de efecto artístico” o la inclusión de citas al principio de capítulos de libros.

Hemos podido comprobar que no es la intención del legislador europeo establecer la condición de que la cita sea únicamente para fines de crítica o reseña en el art. 5.3.d) de la Directiva Infosoc. La Directiva, de hecho, admite plenamente otros usos similares a estos, que solo aparecen en el texto legal europeo a manera de ejemplos.

Es necesario que el 32.1 LPI se apegue más a la fórmula contenida en la Directiva y se haga más flexible, permitiendo además de esas finalidades de comentario, análisis y juicio crítico, cualquier otra finalidad análoga. Esto se puede conseguir interpretando el límite de manera más

flexible, como se ha hecho en el caso de las llamadas citas “en sentido estricto”. Sin embargo, consideramos que sería aún más positivo modificar el texto de la LPI para reflejar que dichas finalidades son mismos ejemplos y que otros se pueden admitir otras finalidades análogas.

Nos parece inexplicable que el legislador español haya decidido establecer otra condición finalista al límite de cita en la LPI: el que las mismas únicamente puedan hacerse para fines docentes o de investigación. Esto no solo limita la cantidad de usos que pueden ser considerados como citas; además, limita a los posibles beneficiarios de un límite de cita.

La anterior es una restricción grave, pues el límite de cita goza de una jerarquía especial, como así se reconoce desde el Convenio de Berna al establecerlo como un límite de adopción obligatoria, pues es un garante de la libertad de expresión y del acceso a la cultura y la información. Por ello, debería de ser un límite *erga omnes*, pues es un límite que debe estar disponible a todos los ciudadanos.

A pesar de que el límite de cita tiene un innegable valor para las actividades educativas y de investigación, tiene un valor igual de importante para la ciudadanía en general y por ello no debe limitar a sus beneficiarios. No basta con que el límite de cita permita utilizar obras a ciudadanos que se encuentren en un momento dado dentro de colectivos relacionados con la educación o la investigación. Por ello creemos mejor eliminar este requisito finalista de que la cita sea únicamente con finalidades docentes o de investigación.

Respecto de la extensión de las citas permitida por la LPI, consideramos que aunque es positivo que no se tase la extensión de las citas o se cuantifique su extensión, no es positivo el que se limite la utilización a “fragmentos” de ciertas obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual. Esta restricción puede dificultar una correcta utilización de la cita que cumpla con los fines que tiene quien pretende utilizar obra ajena en obra propia cuando la cita necesite de una extensión

considerable o cuando se trate de obras cortas, sea necesario citar la obra completa, como puede ser un poema o un cortometraje, por poner un par de ejemplos.

Por ello consideramos que lo mejor es que se elimine esa restricción y que la limitación en la extensión de la cita se dé en función del mismo concepto de cita y de la finalidad que quien utiliza la obra ajena pretende conseguir. Para ello, es recomendable adoptar fórmulas similares a las que aparecen tanto en el Convenio de Berna o la Directiva Infosoc y que se refieren a la medida justificada de la finalidad perseguida o la necesidad de hacer buen uso de la obra citada, procurando así respetar la regla de los tres pasos. Consideramos que la extensión puede ser tanta como se requiera mientras que la cantidad tomada no llegue a considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra. Es decir, es la obra nueva la que debe llevar todo el peso, siendo enriquecida por las citas, pero pudiendo existir, aún si es de manera imperfecta, sin las mismas.

Respecto del silencio del art. 32.1 sobre los derechos de explotación que se ven afectados por el límite de cita, hemos dicho que debido a que dicho límite debe someterse a lo dispuesto en la Directiva Infosoc, en concreto a su artículo 5, entonces los derechos que se ven afectados son los de reproducción, comunicación pública (incluida la puesta a disposición de la obra) y en su caso, el derecho de autorizar la distribución de la obra.

Sin embargo, como el 32.1 LPI no menciona ningún derecho de explotación, hemos dicho que cabría interpretar esto de una manera flexible, y entonces, debido a lo dispuesto en el Convenio de Berna (artículos 8, 10, 12 y 14.1), se deja abierta la puerta a que la transformación también forma parte de los derechos exclusivos afectados por el límite de cita como está regulado en la legislación española.

Hemos dicho también que esta posibilidad existe porque una limitación que afecta a la transformación de la obra no necesariamente conlleva una limitación al derecho moral a preservar la

integridad de la obra que tiene el autor pues una transformación no tiene por qué suponer un atentado contra la persona o reputación del autor o una tergiversación del mensaje de su obra.

Como creemos que un límite que afecte a la transformación de la obra puede tener consecuencias positivas respecto de la regulación de los contenidos generados por usuario, sobre todo en el sentido de otorgar cierta seguridad jurídica al actuar de sus creadores, interpretar que la transformación está limitada junto con la reproducción, comunicación pública y distribución, es deseable.

Un límite flexible, en cuanto a los derechos de explotación que se ven afectados, sirve para garantizar la libertad de expresión y el acceso a la información. Esto es especialmente cierto en el ámbito online, que requiere siempre de por lo menos actos de reproducción y comunicación pública (sobre todo la puesta a disposición pública de las obras) y que solo puede verse beneficiado si se entiende que también un acto de transformación puede ser realizado sin autorización amparándose en un límite de cita, de acuerdo con la finalidad que persigue quien hace uso de la obra citada.

Todo lo anterior nos ha llevado a la conclusión de que es necesaria una propuesta de *lege ferenda* que recaerá sobre el párrafo primero del apartado 1 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Dicha propuesta será presentada en el siguiente capítulo, después de analizar los efectos que la regulación pertinente a la regla de los tres pasos y a las medidas tecnológicas de protección tiene sobre los límites al derecho de autor en general, y a los de cita e ilustración de la enseñanza en particular.

#### **4.13.4 El límite de ilustración de la enseñanza según el Convenio de Berna.**



En primer lugar debemos decir que el límite de ilustración de la enseñanza no es de adopción obligatoria en el Convenio de Berna. Consideramos que este límite debería de serlo, tal y como lo es el límite de cita en el mismo Convenio de Berna.

El límite de ilustración de la enseñanza debe de ser un límite de adopción obligatoria pues es necesario para garantizar la protección uniforme de los derechos fundamentales entre los distintos países de la comunidad internacional. Si el ámbito educativo, la Universidad y las Instituciones de investigación son el espacio propicio para el intercambio de ideas e información, necesarios para un ejercicio pleno de la libertad de expresión, está claro que el ámbito educativo es propicio fomentar y proteger este derecho fundamental. En este aspecto es un límite tan importante como el de cita.

Además, con un límite de ilustración de la enseñanza se ayuda a cumplir con un objetivo del mismo derecho de autor: contribuir al progreso cultural y científico de la sociedad, fin que ciertamente se puede lograr a través de la educación y la investigación. Es necesario que el límite de ilustración de la enseñanza sea de adopción obligatoria pues se trata de un límite que protege al interés general.

El hecho de que el límite al que nos referimos no sea de adopción obligatoria ha dado como resultado problemas similares a los que hemos identificado tanto en la legislación internacional como en la de la Unión Europea, respecto del límite de cita.

En el caso del Convenio de Berna, se trata de un límite con un lenguaje suficientemente flexible que aunque no incluye a todo tipo de instituciones y sujetos como podría desearse, por lo menos es más inclusivo que muchos ordenamientos nacionales. Es amplio y flexible respecto de los derechos exclusivos que limita, los actos que permite realizar, el tipo de obras que permite utilizar y la cantidad y formas en que estas pueden ser utilizadas.

Consideramos un acierto, al margen de la regla de los tres pasos, el que el límite sea restringido en base a los "usos honrados" y en "la medida justificada de la finalidad que se persigue";

criterios que cuando se interpretan de manera correcta aportan flexibilidad y capacidad de adaptación al desarrollo de la tecnología y la sociedad misma. Al no ser la adopción del límite una obligación para los países firmantes de este Convenio, y por supuesto, al no serlo tampoco la adopción del lenguaje del mismo como aparece en el art. 10(2) del Convenio de Berna, ningún país está obligado a adoptar estas flexibilidades. Esto resulta en que dichas flexibilidades prácticamente desaparezcan en los ordenamientos nacionales.

#### **4.13.5 El límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc.**

Según aparece en la Directiva Infosoc, el límite de ilustración de la enseñanza e investigación recae sobre los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública y cuando los Estados miembros así lo decidan, afectará también al derecho de distribución. El texto de la Directiva también goza de una redacción flexible propiciada por los silencios que guarda.

No existe nada en el artículo que apunte a que el límite no se aplica al ámbito online pues no establece que la actividad educativa deba ser realizada de manera presencial o dentro del aula. Por si fuera poco, los Considerandos de la Directiva y la doctrina, apuntan inequívocamente a la intención del legislador de aplicar el límite a la educación a distancia y al ámbito online.

La redacción del art. 5.3.a de la Directiva no excluye la utilización de ningún tipo de obra, siempre que se haga con los fines de ilustración educativa o de la investigación científica y se cumplan los requisitos de citar fuente y nombre del autor. No se limita tampoco la cantidad de las obras que pueden ser utilizadas siempre que se haga "en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida" y tampoco se limita al beneficiario, siempre que el objeto del uso sea la finalidad educativa o de investigación y no se trate de una finalidad comercial.

Se trata de un límite amplio, que se complementa con el de cita, pues permite, en un ámbito más restringido en cuanto a los beneficiarios y la finalidad del uso, una mayor libertad en la extensión y modalidad de los usos. Desafortunadamente como hemos dicho, esta redacción no es

obligatoria, lo que ha desencadenado en que los Países miembros hayan adoptado este límite en una forma mucho más restrictiva cuando así han querido y que en general, no exista una verdadera uniformidad entre lo que los países europeos disponen al respecto.

Como es de esperarse, al no existir uniformidad en cuanto a su adopción, no todos los países firmantes del Convenio de Berna y los Tratados de la OMPI, ni siquiera todos los miembros de la Unión Europea han adoptado un límite específico de ilustración de la enseñanza e investigación científica, aunque afortunadamente la mayoría así lo ha hecho. Se reconoce así la importancia social y de interés público de este límite.

Desafortunadamente, entre los países de la Unión Europea que sí han elegido adoptar dicho límite podemos encontrar grandes diferencias por lo que existe cierta inseguridad jurídica dentro del mercado único.

No en todos los países que han adoptado el límite está del todo claro que el mismo se traslade al ámbito digital. Por ejemplo, algunos países permiten solamente actos de reproducción, pero no actos de comunicación pública y el que no se puedan realizar ambos, imposibilita realizar un uso online sin infringir los derechos de autor del legítimo tenedor de los mismos, aunque este uso sea con finalidades educativas o de investigación. De la misma manera, algunos países, entre ellos España, circunscriben el límite a actividades educativas que tengan lugar dentro del aula con las respectivas complicaciones que esto tiene para los usos online, si bien el concepto de aula no incluye únicamente a las cuatro paredes dentro de un edificio en donde los alumnos asisten a clase ante un profesor.

Sin duda es una oportunidad perdida, pues los medios digitales e Internet proporcionan herramientas muy valiosas para más y mejor educación, que puede llegar a un mayor número de personas y que puede ayudar a mejorar la calidad de la educación.

Entre las diferencias que encontramos también está la falta de uniformidad en cuanto a los actos que se permiten realizar o el tipo de obras que pueden ser utilizadas. Algunos países, es el caso

de España, dejan fuera del límite a los manuales universitarios; otros, como Francia, no permiten la utilización de partituras musicales. También existen países que han limitado la extensión, es el caso de Alemania o la misma España que hablan de "pequeños fragmentos" de ciertos tipos de obras; mientras que otros, como los Países Bajos, permiten mayor libertad en cuanto a la extensión de la utilización. De la misma forma, algunos países han limitado, creemos que excesivamente, a los beneficiarios del límite, dejando fuera en algunos casos a los mismos alumnos.

En conclusión, pensamos que hubiera sido deseable el que el límite fuera de adopción obligatoria tanto a nivel de los Tratados Internacionales como de la Directiva Europea. Creemos que, por lo menos en la Unión Europea, sería positivo establecer una redacción de adopción obligatoria que permitiera un límite flexible y amplio como aparece en la Directiva. Al mismo tiempo se podría lograr una mayor seguridad jurídica y una protección uniforme del interés general en el espacio europeo.

#### **4.13.6 El límite de ilustración de la enseñanza en la LPI española.**

Respecto de del límite de ilustración de la enseñanza, como está regulado en la Ley de Propiedad Intelectual española, en el apartado 2 del artículo 32 LPI, hemos hecho un análisis que resalta varias de sus deficiencias. Algunas de estas deficiencias son producto de la regulación del límite en los Tratados Internacionales y en la Directiva 2001/29/CE. Otras tienen su origen en la redacción del mencionado art. 32 en la Ley de Propiedad Intelectual española.

Nos hemos encontrado con un límite, que es resultado de la armonización del derecho español a la Directiva 2001/29/CE que hemos mencionado, pero que es mucho más restrictivo que la misma. Se restringen mucho más los beneficiarios del límite, la extensión de la obra ajena que puede ser utilizada y la forma en que se puede utilizar el material. Al mismo tiempo, se ha descartado la posibilidad de que obras como los manuales universitarios o los libros de texto puedan ser utilizados sin autorización amparándose en el límite de ilustración de la enseñanza.

Creemos además que, a pesar de que la Directiva espera que los países miembros adapten su legislación interna para hacer frente a los retos que plantean Internet y las plataformas digitales, el art. 32.2 LPI está mal preparado para ello.

Un límite de redacción tan restrictiva como el contenido en el art. 32.2 LPI vigente resulta redundante respecto del límite de cita contenido en el apartado primero de dicho artículo. En el Derecho español, el límite de ilustración de la enseñanza es poco más que una versión aún más restrictiva del límite de cita, cuestión en la que coinciden varios autores.

En nuestra opinión, la LPI española va contracorriente de las disposiciones en el plano internacional que optan porque ambos límites tengan una relación complementaria y que ahí a donde no puede llegar uno, pueda estar el otro, sobre todo para garantizar adecuadamente usos de obras por parte de profesores, alumnos e investigadores.

Parece que la intención en la legislación internacional es que el límite de cita sea abierto a todo ciudadano pero más limitado en cuanto a los usos que permite y la extensión de los mismos y que el límite de ilustración de la enseñanza sea más restrictivo en cuanto a quienes pueden beneficiarse del mismo pero que al mismo tiempo sea más permisivo en cuanto a la forma y extensión en que pueden ser utilizadas las obras. En el derecho español, el límite de ilustración de la enseñanza es el más restrictivo de los dos en todos los sentidos.

El límite de ilustración de la enseñanza en la LPI es explícito en cuanto a que los derechos exclusivos que se ven afectados por el mismo son únicamente la reproducción, la distribución y la comunicación pública que se entiende incluye también la puesta a disposición del público de las obras.

No parece que realizar transformaciones no autorizadas de obras amparándose en este límite sea posible pero como hemos expuesto, esto no quiere decir que ello no sea necesario. Hemos hecho

especial referencia a los contenidos generados por el usuario creados por profesores, investigadores y alumnos y cómo estos pueden ser herramientas invaluable para la educación y la investigación.

Decíamos que una de las principales diferencias entre un límite de cita y uno de ilustración de la enseñanza es que el último no impone el requisito de que tenga que incorporarse obra ajena en obra nueva y que los actos de ilustración, al menos en concepto, deben de permitir un amplio abanico de actividades. Se debería de permitir que los actos de explotación permitidos por el límite también sean los más posibles de tal manera que permitan a profesores y alumnos llevar a cabo la ilustración de sus actividades educativas como las han concebido.

Vemos en el límite de ilustración de la enseñanza un espacio para ser más permisivo con el usuario que se encuentra dentro del contexto del límite. Como hemos dicho, el que el límite tenga beneficiarios concretos, todos dentro del ámbito de la educación: profesores, investigadores y alumnos, y no sea un límite *erga omnes*, nos permitirá que los derechos de los autores y otros legítimos tenedores no se vean desmesuradamente afectados.

En su redacción actual, el art. 32.2 LPI permite la utilización de obras completas de carácter plástico o fotográfico figurativo y también permite la utilización de pequeños fragmentos de otras obras, sin especificar a cuales se refiere, aunque remitirnos al 32.1 nos permite deducir que se trata de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual. Eso sí, el mismo artículo es explícito al dejar fuera del ámbito del límite a los libros de texto y los manuales universitarios, también quedando fuera las compilaciones o agrupaciones de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

No incluir libros de texto o manuales universitarios lejos de tener el efecto de proteger a los autores de ese tipo de obras puede en realidad perjudicarlos. Según la doctrina, esto contribuirá a que la literatura científica que se produce en la Universidad circule aún menos entre alumnos y profesores. Entonces, dejar fuera a libros de texto y manuales universitarios de hecho estorba a uno de los objetivos del derecho de autor, que es la circulación y difusión de los bienes culturales.

Aunque mencionamos que el límite de cita en su redacción actual es una alternativa para que profesores y alumnos utilicen este tipo de obra, concluimos que lo mejor sería que no se prohibiera el uso de manuales universitarios y libros de texto amparándose en el límite de ilustración de la enseñanza. De hecho, tal y como se hace en el Convenio de Berna (art. 10.2) o en la Directiva Infosoc, (art. 5.3.a) lo mejor sería hacer referencia a obras en general y de esta manera incluir a cualquier tipo de obra original, sea cual sea su naturaleza.

La restricción que dispone que solamente puedan ser utilizados “pequeños” fragmentos de obras es otra de las que hacen al límite de ilustración de la enseñanza aún más restrictivo que el límite de cita en la LPI.

Lo anterior impide cualquier uso de una obra completa con fines de ilustración de la enseñanza y en el contexto de la LPI supondría que la extensión de la obra utilizada debe de ser en todo caso menor que la extensión en que puede ser utilizada amparándose en el límite de cita.

A pesar de que el art. 32.2 dispone que el uso debe de ser en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, esto no sirve como un elemento de flexibilidad que permita utilizar mayor o menor extensión de obras de acuerdo al final perseguido. Dicha restricción a la utilización solo permitirá usos prácticamente incidentales de obras.

Quizás la restricción más grave sea la que limita a los beneficiarios del límite de ilustración de la enseñanza a quienes pertenezca al “profesorado de la educación reglada.” El término implica que las únicas personas autorizadas para utilizar obras con finalidades de ilustración de la enseñanza son profesores que pertenecen a las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español y cuya actividad en el ámbito educacional lleve a la obtención de un título oficial.

Aunque se puede argumentar que la definición no deja totalmente claro exactamente qué profesores y docentes podrán beneficiarse del límite, si deja claro quienes quedan fuera del ámbito del mismo en calidad de beneficiarios: los alumnos.

A los alumnos debería de permitírseles tanto crear contenidos originales como utilizar contenidos ajenos para mejorar su experiencia educativa y por ello requieren un límite que le permita utilizar obras ajenas sin autorización cuando el uso tiene una finalidad ilustrativa.

Creemos además, que como se hace en la Directiva Infosoc, en el límite de ilustración de la enseñanza, también debe de incluirse a los investigadores, de tal manera que el límite permita la ilustración de actividades de investigación.

También hemos intentado determinar que usos están permitidos bajo el concepto de “ilustración” pues es con esta finalidad con la que deben utilizarse las obras ajenas según el límite del art. 32.2 para que el usuario pueda ampararse en dicho límite.

La doctrina que ha estudiado a la Directiva Infosoc considera que el término “ilustración” debe de interpretarse de la manera más amplia posible pues una interpretación restrictiva dejaría fuera del ámbito del límite usos didácticos que son fundamentales para la educación. La ilustración de una actividad educativa debe permitir utilizar obras de maneras muy diferentes, tantas como sean necesarias para dicha finalidad. Parece claro que la Directiva Infosoc, en su art. 5.3.a), ha concebido al límite de ilustración de la enseñanza como uno que ofrece mayor flexibilidad en cuanto a la naturaleza y extensión del uso permitido, si bien en el ámbito español, la extensión del uso se ve seriamente limitada.

Respecto de qué debe entenderse por “aula”, hemos concluido que la LPI no entiende al aula como un espacio entre cuatro paredes en donde un profesor imparte la instrucción a los alumnos. El término debe interpretarse de forma más amplia de tal manera que debemos entender que la actividad educativa mientras sea equiparable a lo que sucede en el aula, también puede ser a distancia o incluso en plataformas online.



El art. 32.2 LPI establece además que la finalidad perseguida con la ilustración de la enseñanza debe de ser una finalidad no comercial. Esto no debe de ser entendido de tal manera que se excluya a las instituciones privadas de educación del beneficio del límite.

La estructura institucional y los medios de financiación de un centro educativo, a cualquier nivel, no son los factores a tomar en cuenta. La actividad que no debe de tener una finalidad comercial directa, es decir, no puede buscar un lucro, es la actividad ilustrativa en sí, realizada en el caso de la LPI por el profesorado de la educación reglada, que bien puede trabajar en una institución de carácter privado. Así, el límite de ilustración de la enseñanza podrá encontrar a sus beneficiarios tanto en instituciones docentes públicas como privadas.

Respetar la paternidad de la obra utilizada con fines de ilustración de la enseñanza también es un requisito exigido por el art. 32.2 LPI y lo dicho al respecto de esto cuando analizamos el art. 32.1 LPI es de aplicación.

Decíamos que respecto del límite de cita, era necesario añadir la posibilidad de eximir al usuario de cumplir con este requisito cuando determinar la fuente y el autor no es posible pero en el caso del límite de ilustración de la enseñanza ya se prevé esta situación por lo que ningún cambio es necesario.

Valorando todo lo anterior hemos querido proponer modificaciones al art. 32.2 LPI que permitan que el ordenamiento legal español tenga un límite de ilustración de la enseñanza menos restrictivo en cuanto a la naturaleza y extensión en el uso de obras bajo el amparo del límite. También debe de ser más incluyente en cuanto a sus beneficiarios, permitiendo a profesores, alumnos e investigadores de centros públicos y privados ampararse en el límite para ilustrar sus actividades educativas o de investigación. Se requiere de un límite más abierto, que esté mejor preparado para ser aplicado en plataformas online y que se complemente bien con un límite de cita como el que también hemos propuesto.

En el siguiente capítulo presentaremos una propuesta de *lege ferenda* que recae sobre la totalidad del apartado 2 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Nuestra propuesta de *lege ferenda* también deberá ser considerada como un llamado a la acción para los legisladores españoles quienes esperamos la consideren dentro de una propuesta de modificación a la legislación de propiedad intelectual vigente en España.

## **Capítulo 5. La regla de los tres pasos y las medidas tecnológicas de protección: una seria amenaza para los límites al derecho de autor.**

### **5.1 La regla de los tres pasos en el Convenio de Berna y otros Tratados Internacionales.**

Según el art. 9.2 del Convenio de Berna, la regla de los tres pasos consiste en la facultad reservada a las legislaciones de los países de la Unión *“de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

La regla de los tres pasos aparece por primera vez en 1967 en el Convenio de Berna y específicamente, su intención es dirigir el accionar del legislador nacional, estableciendo una serie de lineamientos a seguir a la hora de establecer límites al derecho de reproducción (Geiger, 2007:15).

Con el paso de los años, la regla de los tres pasos ha ampliado su aplicación a otros derechos exclusivos. A medida que su aplicación se ha ido extendiendo, su redacción se ha ido haciendo más restrictiva conforme ha ido apareciendo en otros Tratados Internacionales que guardan relación con el Convenio de Berna.

El Acuerdo ADPIC, resultado de la Ronda de Uruguay de 1994, en su art. 13 evidencia esta tendencia hacia la restricción:

*“Los Miembros **circunscribirán las limitaciones o excepciones** impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los **intereses legítimos del titular de los derechos.**”*

Mientras que el Convenio de Berna habla de requisitos para adoptar límites a la reproducción de la obra, el Acuerdo ADPIC habla de un requerimiento de “circunscripción”, es decir, se condiciona la adopción de cualquier límite a que se cumplan las tres condiciones establecidas en la regla. El endurecimiento en el lenguaje resulta en un endurecimiento de la aplicación. Ya no se trata

de un simple criterio, ahora cumplir la regla de los tres pasos es una condición impuesta por el Acuerdo ADPIC que además, ya no se refiere solo al derecho de reproducción, se extiende a todos los derechos exclusivos. La que originalmente era una guía o lineamiento de carácter diplomático, se convierte en una restricción al legislador.

El Acuerdo ADPIC endurece y extiende uno de los pasos de la regla. En Berna, se establecía que el límite no debe afectar los intereses legítimos del autor. En cambio, en ADPIC, la redacción requiere que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, concepto que incluye a más personas que no son necesariamente los autores y por lo tanto tiene implicaciones muy importantes a la hora de interpretar este tercer paso, particularmente respecto de la protección de intereses económicos, como veremos más adelante.

Más adelante, la regla de los tres pasos hace su aparición en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996:

*“(1) Las Partes Contratantes, podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

*(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

El primer efecto que el Tratado de la OMPI tiene sobre la regla de los tres pasos es la ampliación de su aplicación a todos los derechos exclusivos, la reproducción y la traducción ya previstos en Berna, y la comunicación pública, puesta a disposición pública y distribución previstos en el Tratado.

Otro cambio importante se da en el lenguaje del artículo. Ahora se habla de “restringir” la adopción de límites a lo dictado por la regla de los tres pasos. La regla pasa entonces de ser un

lineamiento al legislador, a ser una obligación del mismo de “restringir” la adopción de los límites a derechos exclusivos en su legislación nacional, lo que evidencia que la regla se concibe como una herramienta que pretende que la aplicación de los límites sea rigurosa.

El otro Tratado de la OMPI, es decir el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996, también aplica en su artículo 16 la regla de los tres pasos a cualquier límite que se imponga a los derechos exclusivos de artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas y lo hace en los mismos términos que el Tratado de la OMPI que se refiere a los derechos de autor, imponiendo el requerimiento de restringir cualquier límite a *"ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas."*

A partir de la entrada en vigor de estos Tratados Internacionales se hace necesario que cualquier límite a derechos exclusivos cumpla con los tres pasos de la regla para poder ser considerado como admisible (Sentfleben, 2006:412). Con esto se restringe la habilidad de los legisladores nacionales para introducir nuevos límites a los derechos exclusivos (Christie, 2011:2) y la regla de los tres pasos pasa definitivamente de ser un test de aplicación limitada para los países miembros de Berna; a ser el modelo para la adopción de límites al derecho de autor (Ricketson, 2003:65).

Ricketson (Ibíd.:20) afirma, con cierta ironía, que la regla de los tres pasos ha cobrado tal importancia que se ha convertido en algo así como las “sagradas escrituras” en el ámbito del derecho de autor internacional, a pesar de la incertidumbre existente respecto del significado y alcance de cada uno de los pasos pues, como veremos, el análisis de sus elementos es un tema complejo y no existen criterios totalmente claros al respecto (Ibíd.:65).

Quizás por lo anterior, la doctrina que se ocupa de la materia en el entorno internacional ha analizado ampliamente una resolución de un Panel de la Organización Mundial del Comercio del año 2000 que analiza la regla de los tres pasos. La interpretación contenida en el laudo de dicha disputa se ha convertido en la interpretación "oficial", a falta de otro precedente vinculante a nivel internacional. Podríamos decir que la resolución ha pasado a ser parte de esa "sagrada escritura" de la que nos habla Ricketson, a pesar de haber recibido fuertes críticas desde un principio, principalmente debido a su perspectiva restringida.

La resolución proviene de una disputa (DS160 de la OMC) entre Estados miembros de la Unión Europea y los Estados Unidos.<sup>24</sup> El conflicto aparece a raíz de discrepancias existentes entre lo dispuesto en el Acuerdo de la ADPIC en materia de límites y excepciones y lo dispuesto en la §110(5) de la Ley de Copyright Norteamericano, reformada en su momento por el *Fairness in Music Licensing Act* (1998).

La reforma a la Ley del Copyright de Estados Unidos a través del *Fairness in Music Licensing Act* adopta dos nuevos límites: uno para que los comercios de cierto tamaño pudieran comunicar públicamente retransmisiones de obras musicales en sus establecimientos sin requerir de autorización del titular, siempre que se cumplan ciertas condiciones (la llamada *business exception*, §110(5)(B) de la Ley de Copyright); y otro que permitía a establecimientos similares comunicar públicamente la retransmisión de cualquier tipo de obras siempre que fuera a través de equipos no profesionales, sin contar con la autorización del titular de los derechos (la llamada *home-style exception*, §110(5)(A) de la Ley de Copyright).

El Panel de la OMC concluyó que la *business exception*, no cumplía con la regla de los tres pasos, pero una de las partes más importantes del laudo, la que centrará nuestra atención, es aquella

---

<sup>24</sup> La disputa DS160 está disponible electrónicamente en [http://wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](http://wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm) (Recuperado el 15/08/2013).

en donde se define el alcance en la aplicación del artículo 13 del Acuerdo de la ADPIC y la forma en que debe de interpretarse la regla de los tres pasos.<sup>25</sup>

Se concluyó que un límite solo puede permitirse cuando cumple con cada una de las tres condiciones contenidas en la regla de los tres pasos de manera cumulativa. Esto quiere decir que hay que cumplir con cada uno de los tres pasos, pero basta que no se cumpla el primero para que el límite ya no pueda ser considerado como válido, sin necesidad de analizar el resto de los pasos de la regla. Lo mismo sucederá si el primero se considera como cumplido, pero el segundo no; el límite no será válido y ya no será necesario analizar el tercer paso.

El resultado de la disputa mencionada anteriormente es endurecer aún más la interpretación de la regla de los tres pasos ya prevista en la legislación. Además, se endurecen las condiciones para límites al derecho de autor que se concibieron fuera del Convenio de Berna (como los introducidos en la reforma del Copyright Act norteamericano a la que nos hemos referido). Como consecuencia de lo anterior, la influencia restrictiva de la regla de los tres pasos, se extiende a cualquier límite al derecho de autor contenido en las legislaciones nacionales que se haya introducido en el pasado, se encuentre en la legislación vigente o se pretenda incluir en el futuro.

Por ejemplo, cualquier propuesta para modificar los límites de cita e ilustración de la enseñanza en la LPI, con el objetivo de dotarles de mayor flexibilidad, estará sujeta al escrutinio de la regla de los tres pasos. Solo después de pasar dicho escrutinio, la propuesta podrá ser adoptada en la legislación. La flexibilidad que se busca con la hipotética propuesta tendría muy poco impacto si la regla de los tres pasos se sigue interpretando como se hace actualmente.

Tanto el contenido de la regla de los tres pasos como su ámbito de aplicación y lo restrictiva que resulta su interpretación como resultado de la resolución del Panel de la OMC, han sido duramente criticados por la doctrina, tal y como decíamos líneas arriba.

---

<sup>25</sup> Ver punto D.1(B)iv) y siguientes del laudo de la disputa DS160.

Para Brennan (2002:19) el problema de la regla parte de su misma concepción, pues juzgar límites a los derechos exclusivos utilizando la regla de los tres pasos de forma aislada, sin tomar en cuenta otros factores, es un estándar mínimo demasiado elástico, y por consiguiente, un estándar inútil.

Otros autores opinan que, por un lado, la regla es suficientemente flexible como para admitir un cierto matiz a los límites en la legislación doméstica, pero el problema es precisamente ese, no admite más que un pequeño matiz (Nordemann *et al.*, 1990:109). Para otros, la regla parece ser incapaz de servir como un parámetro útil para esclarecer problemas complejos relacionados con la aplicación de límites a los derechos exclusivos (Correa, 1994:549).

Christie (2011:3) expresa gráficamente cómo funciona la regla de los tres pasos a través de una escala bastante apropiada para el contexto del acuerdo de la ADPIC pues se expresa en términos comerciales. La escala se presenta como sigue:

<b>Regla general:</b>	Libre competencia o mercado libre
<b>Excepción<sup>1</sup> a la regla general:</b>	Derechos de propiedad intelectual
<b>Limitación a dicha excepción:</b>	Actos permitidos (Lo que llamamos límites y excepciones al derecho de autor)
<b>Restricción a dicha limitación:</b>	<b>Regla de los tres pasos</b>  (Según aparece en el art. 13 del Acuerdo ADPIC)
<b>Implementación de la restricción a la limitación</b>	Actos permitidos (límites y/o excepciones) consagrados en legislación nacional por el legislador

Tabla 5.1 La Regla de los tres pasos y su posición respecto a los límites al derecho de autor.

Griffiths, (2009:21) considera que cualquier intento de expandir el papel de la regla de los tres pasos debe de ser rechazado pues considera que en jurisdicciones como la europea, y por lo tanto también la española, esto tendrá efectos negativos como impedir el desarrollo de las leyes del



derecho de autor para adaptarse a los cambios tecnológicos y resultar en la adopción de legislación mala e inconsistente.

Para este autor (Ibíd.:17), dicha inconsistencia es resultado de que, a pesar de que la regla de los tres pasos tiene arraigo tanto en la legislación internacional y nacional, existe incertidumbre sobre cómo deben de aplicarse sus requisitos. En otra obra, el mismo Griffiths (2010:3) considera que la regla de los tres pasos es directamente nociva para los límites al derecho de autor pues si se interpreta de manera excesivamente sesgada, se convierte en una restricción a la hora de legislar que puede acabar por nulificar los beneficios de los límites.

Efectivamente, no es tarea sencilla determinar con claridad lo que cada uno de los tres pasos implica. Se trata de reglas que sin duda son más complejas de lo que en un principio aparentan y en ocasiones, más que un estándar que aporta flexibilidad, parece un estándar que aporta incertidumbre pero que al mismo tiempo resulta demasiado restrictivo. Es necesario estudiar cada uno de los pasos para intentar determinar su alcance, pero al hacerlo, es necesario tener en cuenta que no existe un verdadero consenso al respecto.

Además, existen otros Tratados Internacionales (como la Directiva Infosoc) y ordenamientos nacionales (como la misma LPI) que han adoptado la regla y la interpretan de manera diferente a como se interpreta en el ámbito de los Tratados Internacionales; situación que solo contribuye a mantener la incertidumbre.

A continuación intentamos esclarecer cómo se interpreta cada uno de los pasos en el ámbito internacional.

#### **5.1.1 El primer paso: Los límites deben aplicarse en determinados casos especiales.**

De acuerdo con el Panel de la OMC, lo anterior quiere decir que los límites deberán circunscribirse a unos cuantos usos muy bien definidos por lo que se deben evitar preceptos de

aplicación general. En otras palabras, el ámbito de aplicación del límite debe de estar bien definido ("determinados casos") y estrictamente delimitado ("casos especiales") (Ginsburg, 2001:10).

Según Sun (2007:281) el primer paso obliga a que el límite que se adopte en la legislación local esté bien definido de tal manera que pueda garantizar un grado suficiente de certeza legal: el ámbito de aplicación del límite debe de estar establecido y ser específico.

Para Ricketson (2003:21) aunque un límite en la legislación nacional debe de definirse claramente, no hace falta identificar específicamente cada situación posible para la aplicación del límite, permitiendo así la aplicación por analogía, pero para cumplir con el primer paso, será necesario que el límite sea restrictivo en sentido tanto cuantitativo como cualitativo

Ginsburg (2001:11) apunta que el primer paso no busca analizar si bajo esos "casos especiales" existe alguna justificación normativa detrás del límite, como puede ser la protección de un derecho fundamental. Dicha consideración no se hará hasta el tercer paso y solamente si se ha cumplido con los dos primeros pasos, que principalmente se refieren a consideraciones de tipo económico.

Nos parece que la interpretación de este primer paso roba a la norma capacidad de adaptación al cambio. Como sabemos, el derecho pocas veces puede mantener el ritmo con una sociedad siempre cambiante. Aunque el primer paso parece dejar cierto espacio a su aplicación por analogía, se trata casi de una ilusión esto puede ser un proceso lento, dependiente de la jurisprudencia, y por lo tanto de juicios y resoluciones judiciales, procesos que siempre corren el riesgo de ser dilatados en el tiempo y costosos.

La modificación legislativa también es un proceso lento y con poco espacio para la flexibilidad en la aplicación pues pronto se volverá a la situación en que el desarrollo del mercado y la tecnología hagan que sea necesario de nuevo modificar la norma o recurrir al desarrollo jurisprudencial. Si bien podemos encontrarnos con que un uso puede quedar amparado por un límite,

encontrada esta analogía, de cualquier forma será necesario que este nuevo supuesto pase los otros dos pasos de la prueba para poder considerarse como válido.

Como el primer paso no toma en cuenta para determinar si se trata de un caso especial el que exista un derecho fundamental o justificación similar para establecer el límite, el juez que aplica el límite por analogía no podrá hacerlo por considerar que así se protege un derecho fundamental (lo cual se valora en el tercer paso) si antes no comprueba que se cumple con las consideraciones económicas establecidas en el segundo paso (no afectar a la explotación normal de la obra) pues los tres pasos deben cumplirse cumulativamente. Con esta interpretación, quedan pocos resquicios para la flexibilidad en este paso.

Como en esta tesis prestamos especial atención a los límites de cita e ilustración de la enseñanza cabe preguntarse, si ambos límites, que se justifican en causas de interés público y de protección de derechos fundamentales, pasan el escrutinio del primer paso y por lo tanto, de acuerdo con los Tratados Internacionales, pueden ser aceptados. Esto implica determinar si se trata o no de límites que se circunscriben a determinados casos especiales.

Para Sentfleben (2004:157-159) tanto los límites para la educación como la cita pueden ser automáticamente considerados como casos especiales pues así se les ha entendido desde el principio en el Convenio de Berna.

También se puede argumentar que el Convenio de Berna establece expresamente límites relativos a la educación o a la cita y estos ya pueden ser considerados como “ciertos casos especiales” porque dichos límites se establecen en normas particulares (artículo 10.1 y 10.2 del Convenio). En cambio, existe una norma más general que permite establecer limitaciones al derecho de reproducción siempre que se cumpla con la regla de los tres pasos contenida en el art. 9.2 de Berna.

Parece ser que este razonamiento se ha seguido en el derecho de la Unión Europea. La Directiva 91/250/CEE fue el primer documento europeo en incluir la regla de los tres pasos en la legislación regional. Sin embargo, en la redacción del art. 6.3 solo incluye el segundo y tercer pasos al considerar que el primer paso (“determinados casos especiales”) ya se ha cumplido a través de las condiciones en el alcance de la excepción establecidos en los arts. 6.1 y 6.2 de la misma legislación (Griffiths, 2009:2). Pese a esto, siempre será necesario valorar si el límite adoptado en la legislación nacional sobrevive a los otros dos pasos de la regla.

### **5.1.2 El segundo paso: El límite no debe afectar a la explotación normal de la obra.**

Antes mencionábamos que tanto el derecho de cita como el límite de ilustración de la enseñanza están dotados de una cierta flexibilidad de acuerdo con el Convenio de Berna pues entre otros requisitos, el límite se debía circunscribir a los usos honrados, entendiéndose que entre estos usos honrados está el que no se afecte a la explotación normal de la obra que es también uno de los pasos de la regla.

El Panel que decidió el conflicto entre ADPIC y la Ley del Copyright norteamericana estableció que un límite a un derecho exclusivo contenido en la legislación nacional entra en conflicto con la explotación normal de la obra si los usos que normalmente están protegidos por el derecho exclusivo, pero sujetos a un límite, entran en competencia económica con cualquier forma en la que el tenedor de los derechos normalmente deriva una ganancia económica del derecho sobre la obra, privándole de esta manera de un lucro considerable o palpable.

En el contexto de la regla de los tres pasos, no afectar a la explotación normal de la obra quiere decir que el límite no debe afectar la forma en que la obra está siendo explotada en el mercado y tampoco puede afectar a cualquier forma de explotación potencial de la obra que pueda presentarse en un futuro. El criterio se basa en determinar si el tenedor de los derechos está explotando o explotará en otro momento un mercado en particular (Ginsburg, 2001:10).

De acuerdo con la interpretación del Panel de la OMC, no entrar en conflicto con una explotación normal de la obra debe de ser analizado con respecto de cada derecho exclusivo por separado y en base a tres criterios (Sun, 2007:294):

- La explotación que sucede en el presente es aquella que produce ingresos "tangibles o significativos" en el momento actual.

- No es necesario considerar si los usuarios reales, junto con los usuarios potenciales, se beneficiarían indebidamente con el límite que se considera como inválido.

- La explotación normal de la obra debe de incluir cualquier forma de explotación que pueda aparecer como consecuencia del desarrollo del mercado o la tecnología, lo que también implica que la protección del derecho de autor debe expandirse de la misma forma.

En resumen, un conflicto con la explotación normal de la obra, según se entiende actualmente, es todo aquel que se presenta cuando el usuario que se beneficia del límite entra en una situación de "competencia económica" con el legítimo tenedor de los derechos (Loc. Cit.).

En palabras de Ricketson (2003:23), valorar si se afecta la explotación normal de la obra requiere considerar si se afecta a las explotaciones hechas en la actualidad y también a las formas potenciales de explotar el valor de la obra.

De acuerdo con esta interpretación de la regla, conforme la tecnología y el mercado van produciendo nuevas formas potenciales de explotación, se debe entender que el ámbito de la legislación debe de ampliarse para que el autor y el tenedor de los derechos siempre reciban protección sobre su obra y puedan en consecuencia explotarla. Sin embargo, parece que este beneficio de adaptación a lo que está por venir no se extiende a quien pueda beneficiarse por un límite al derecho de autor.

Por el contrario, parece ser que para que un límite pueda ser válido dentro de la legislación nacional, deberá ser lo suficientemente restrictivo en los usos que permite, de tal manera que no afecte al potencial económico de una obra que exista ahora o que pueda existir en el futuro.

Para Ginsburg (2001:14), existe el riesgo de que límites que tradicionalmente son permitidos, como pueden ser los usos dentro del ámbito académico o incluso la parodia, puedan ser considerados como "explotaciones normales" si los tenedores de los derechos encuentran una forma razonable de cobrar por estos usos. Coincidiendo con Ricketson, considera que enfoque exclusivamente económico de este paso combinado con la aplicación cumulativa de la regla puede resultar excesivamente restrictivo pues se corre el riesgo de prohibir un límite sin analizarlo con el tercer paso, que considera más conciliatorio.

Esta interpretación del segundo paso de la regla no permite la adaptación de los límites a las nuevas tecnologías, impidiendo que los mismos puedan adaptarse para incluir nuevos usos. Al mismo tiempo, una interpretación en estos términos permite que la protección al autor y al tenedor de los derechos se vaya expandiendo conforme el mercado y la tecnología resultan en nuevas formas de explotación.

Lo anterior es preocupante pues parece indicar que a mayor desarrollo del mercado y la tecnología, el ámbito de protección del derecho de autor aumentará en consecuencia, pero se reducirá el número de actos exentos de autorización que permiten los límites a los derechos exclusivos.

### **5.1.3 El tercer paso: El límite no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular de los derechos de explotación.**

El tercer paso hace referencia al requerimiento de no perjudicar injustificadamente al autor (así aparece en el Convenio de Berna y en el Tratado de la OMPI del derecho de autor) aunque el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas hace referencia a la protección de los intereses legítimos de artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas, que

no son considerados como autores sino otros titulares de derechos. El Acuerdo ADPIC por su parte, se refiere específicamente a los intereses legítimos del titular de los derechos de explotación, que como sabemos incluye a más personas que a los que son los autores de las obras.

Un “interés legítimo” en el contexto del tercer paso, incluye tanto a los derechos morales como a los derechos exclusivos (Sun, 2007:301), si bien es cierto que no todos los titulares de derechos son tenedores de derechos morales.

De cualquier forma, está claro que en el concepto “intereses legítimos” se incluyen tanto intereses económicos como aquellos que no tienen dicho carácter. El término “legítimos” debe apuntar en su opinión, no solo a cualquier interés económico o no económico, sino a la necesidad de encontrar una justificación política para el límite, lo que apunta a la búsqueda de un balance de intereses (Ricketson, 2003:26). Esto quiere decir que el término admite valorar si el perjuicio causado al autor o tenedor de derechos está justificado en base a una finalidad considerada como de mayor categoría (por ejemplo, los derechos fundamentales).

Ginsburg (2001:9) nos pone un ejemplo de un límite válido de acuerdo con una justificación política: Un autor no puede tener como un interés “legítimo” el impedir que se publique una crítica sobre su libro aunque dicha crítica resulte en afectar negativamente a las ventas de dicho libro. Como existe una justificación válida en proteger a la sociedad de la censura, no puede considerarse que un límite que permite la cita con fines de crítica afecte a los intereses legítimos de un autor. Entre las justificaciones políticas válidas podemos encontrar a la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información y la educación pública (Ficsor, 2002:133).

El hablar de “perjuicio injustificado” abre la puerta a que efectivamente, el legislador esté en disposición de causar un cierto perjuicio a los intereses del autor a la hora de establecer un límite a sus derechos exclusivos, siempre que dicho perjuicio no sea excesivo, es decir, que vaya en proporción con una justificación válida para establecer el límite (Geiger, 2007:16). Como esto exige

que el límite impuesto esté justificado por una finalidad legítima del legislador, entonces es necesario que exista una correlación entre el límite impuesto y un interés en proteger ciertos derechos de los usuarios (Sun, 2007:318).

Para que un perjuicio no sea considerado como injustificado, el límite no debe significar el que el autor o el tenedor de los derechos de autor tenga un perjuicio económico desproporcionado. Esto implica que el perjuicio económico puede ser minimizado mediante una compensación económica por el uso permitido por el límite; evitando así que las pérdidas para el autor o tenedor de los derechos sean desproporcionadas (Loc. Cit.).

El tercer paso quizás sea el más flexible de los tres, pues los intereses legítimos que justifiquen el causar el perjuicio al autor o al tenedor del derecho admitirán una variedad de límites justificados por la necesidad de proteger el interés general y las libertades fundamentales pues el tercer paso es el único que permite que efectivamente se considere el balance de intereses de todas las partes involucradas (Geiger, 2007:16).

Es cierto que en algunos casos establecer un uso libre puede perjudicar en exceso los intereses económicos del tenedor de derechos, pero esto puede ser compensado mediante la imposición del pago de una licencia o de cualquier otro tipo de remuneración equitativa, lo cual deja al legislador mayor oportunidad de adoptar distintos tipos de límites.

Sin embargo, el hecho de que los tres pasos tengan que ser cumplidos cumulativamente, hará en la práctica que este tercer paso sea tan restrictivo como lo sean los otros dos pues si los primeros no se cumplen, también se considera que el límite analizado no puede cumplir con el tercero.

#### **5.1.4 El problema de una interpretación restrictiva de la regla.**

En un principio, cuando la regla de los tres pasos apareció en el Convenio de Berna, se trataba de un criterio que buscaba cierta uniformidad legislativa en cuanto a los límites que podían adoptarse; pero los cambios en el ámbito de aplicación y el endurecimiento del lenguaje, tanto en el



Acuerdo de la ADPIC como en el Tratado de la OMPI, y en la interpretación que se ha hecho de la regla en el Panel de la OMC, han dado como resultado una regla que restringe en demasía el rango de límites a los derechos exclusivos que pueden ser adoptados en las legislaciones nacionales.

A pesar de que el lenguaje utilizado para redactar la regla puede hacer parecer a primera vista que se trata de un instrumento que permite cierta flexibilidad, lo contrario es verdad. La regla de los tres pasos es un instrumento para asegurar que los Estados miembros adopten límites al derecho de autor estrictos y restrictivos.

La interpretación de la regla de los tres pasos que prevalece a nivel internacional constriñe en demasía el accionar del legislador y no permite que las normas relativas a los límites a los derechos exclusivos sean flexibles para adaptarse a los cambios que experimenta la sociedad.

Un escrutinio basado en criterios de interpretación demasiado restrictivos puede dificultar el que incluso límites como el de cita o que permiten la ilustración de la enseñanza y la investigación tengan problemas para pasar la prueba de los tres pasos.

Aunque como hemos visto, es aceptado que un límite de cita o un límite con fines educativos se considera como un "determinado caso especial", el segundo paso, que es un parámetro exclusivamente económico puede no ser tan fácil de cumplir, dependiendo de la redacción del límite que un determinado país haya adoptado y alarmantemente, dependiendo de que el tenedor de los derechos no encuentre una forma de explotación de su obra que directamente se relacione con la cita o los usos para la enseñanza e investigación.

El tercer paso podría ser considerado como el paso más importante de toda la regla de los tres pasos (Geiger, 2007:18). El mismo admite como justificación para afectar los intereses legítimos del autor la protección de derechos fundamentales e intereses colectivos como la libertad de expresión o la educación.

Sin embargo, el hecho de que los pasos se juzguen de manera cumulativa en muchas ocasiones impedirá que siquiera se llegue a tomar en consideración dicho paso. Como primero hay que pasar forzosamente por el escrutinio de los dos primeros pasos, solo después de sopesar criterios meramente económicos se entrará a valorar si existe alguna justificación de interés general o basada en derechos fundamentales para establecer un límite al derecho de autor.

El más preocupante es el segundo paso, que es un criterio absolutamente económico, y que a causa de la interpretación cumulativa adquiere un peso mucho mayor que el tercer paso, haciendo este criterio casi irrelevante, cuando en realidad debería de ser el más importante si se pretende alcanzar un verdadero equilibrio entre los intereses de la sociedad en general y los de autores y tenedores de derechos.

Para límites como el de cita o el de ilustración de la enseñanza, que tienen claramente una justificación basada en la protección de derechos fundamentales, esto puede constituir una amenaza pues el segundo paso puede servir para invalidar límites como el de una interpretación hecha dentro del aula (Sun, 2007:296).

Pensar o evaluar la legislación del derecho de autor en términos meramente económicos puede tener efectos nefastos y nos reiteramos, el que haya que cumplir con un criterio económico antes de siquiera analizar las justificaciones políticas detrás de un límite o de considerar los intereses de la sociedad que se buscan proteger, no parece ser el camino a seguir. No se debe olvidar que los derechos fundamentales son de una categoría jurídica superior a intereses meramente económicos.

La regla de los tres pasos, según la interpretación que ha hecho el Panel de la OMC, obliga a que los límites para educación, investigación y cita contenidos en los ordenamientos nacionales sean lo más específicos y restrictivos posibles. La regla de los tres pasos obliga a dejar muy poco espacio para la flexibilidad y para la adaptación del límite a nuevos usos, nuevas tecnologías y nuevas formas de educación o investigación. Incluso, existe la posibilidad que límites abiertos, que no recurren a

listas exhaustivas, pero que son ampliamente aceptados y tienen una larga tradición jurídica, como el fair use del Copyright norteamericano, no pasen un examen tan estricto como el que propone esta interpretación de la regla (Ricketson, 2003:69).

Al mismo tiempo, la incertidumbre que generan los tres pasos de la regla, hacen excesivamente complicada su aplicación a los casos concretos y esto deriva en que haya grandes diferencias en su aplicación a nivel nacional, con las consecuencias que esto tiene no solo para el establecimiento de límites sino con respecto de la protección uniforme de derechos y libertades fundamentales entre los distintos países. Existe además el riesgo de que dicha incertidumbre también contribuya a que no exista una protección uniforme a los autores.

Nos parece también que la regla de los tres pasos roba a la legislación relativa a los límites al derecho de autor de su capacidad de adaptación pues el aplicar un límite por analogía a otros casos puede resultar complicado de conciliar con el primer paso. Puede resultar aún más complicado de conciliar con lo dispuesto por el segundo paso, lo cual dificulta tomar en cuenta consideraciones no económicas a la hora de legislar. La regla de los tres pasos parece olvidar que el proceso legislativo de los límites al derecho de autor es un proceso legal dinámico que debe tomar en cuenta valores económicos, sociales, culturales y políticos (Sun, 2007:268) y como dice la jurisprudencia del caso (Fogerty v. Fantasy, 1999), esto es porque el derecho de autor es limitado por naturaleza y su fin último es servir al bien común.

Griffiths (2009:10) resume muy bien la preocupación de la doctrina crítica con esta interpretación de la regla de los tres pasos:

El hecho de que la “regla” se interprete como una presunción general contra la ampliación de las excepciones, podría retrasar la adopción de soluciones viables a los problemas que se presentan en el derecho de autor a causa de las tecnologías de la comunicación. Más específicamente, la interpretación de la “regla” preferida por el Panel de la OMC presenta una verdadera amenaza para el futuro de los usos libres de derechos de autor.”

Sin duda parece necesario repensar la interpretación que se ha hecho de la regla de los tres pasos desde el Derecho internacional. Sin duda una nueva interpretación, menos restrictiva, es necesaria pues parece que actualmente es más parte del problema que una solución encaminada a alcanzar el mencionado balance de intereses necesario en la legislación del derecho de autor.

## **5.2 La regla de los tres pasos en la Directiva Infosoc.**

La regla de los tres pasos aparece en el artículo 5.5 de la Directiva Infosoc. Hemos resaltado cada uno de sus elementos:

*"Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho."*

El Considerando (44) de la Directiva también hace referencia a la regla de los tres pasos, estableciendo primero que al aplicar las limitaciones previstas en la Directiva, *"estas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales"* en clara referencia a la regla de los tres pasos del Convenio de Berna y de los Tratados de la OMPI.

El Considerando continúa diciendo que *"las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación."* Esto supone la expansión más importante en dirección horizontal, de la influencia de la regla de los tres pasos (Griffiths, 2009:2).

La sujeción de las limitaciones de la Directiva a la regla de los tres pasos según se ha establecido e interpretado a nivel europeo es natural y esperado, pues los Estados miembros son también partícipes de los Tratados Internacionales por lo que esto no podía ser ignorado por la misma Directiva. Sin embargo, atrae los mismos problemas que hemos encontrado en la regla de los tres pasos a nivel internacional al ámbito de los países de la Unión Europea.

La interpretación a nivel internacional de la regla de los tres pasos, que proviene, como hemos visto, de una interpretación de un panel de la OMC resulta en una restricción excesiva en el rango de límites a los derechos exclusivos que pueden ser adoptados en las legislaciones nacionales, incluyendo a los países europeos. Además, la misma interpretación restrictiva de la regla no permite que las normas relativas a los límites a los derechos exclusivos sean flexibles y puedan adaptarse con suficiente velocidad y solvencia a los cambios que experimentan tanto la sociedad como el mercado.

En la sección dedicada a la regla de los tres pasos a nivel internacional, hemos dicho que tanto la implementación como el escrutinio de los límites basándose en criterios restrictivos dificulta incluso que límites como el de cita o ilustración de la enseñanza e investigación científica se encuentren con dificultades a la hora de pasar la prueba de los tres pasos cuando esta es aplicada cumulativamente, tal y como manda la interpretación hecha por el panel de la OMC.

Como sucede a nivel del Convenio de Berna y los Tratados de la OMPI, en el ámbito europeo, también a la hora de interpretar la regla de los tres pasos en la jurisprudencia nacional, se ha dado mayor peso a las consideraciones económicas de la regla, especialmente a la hora de aplicar los límites al ámbito digital y online con las consecuencias negativas que esto tiene para las consideraciones de otras índoles que deben de pesar a la hora de establecer e interpretar las limitaciones al derecho de autor. El citado Considerando (44) de la Directiva expresa esta voluntad:

*“El establecimiento de dichas excepciones y limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor.”*

La última frase refleja la intención del legislador de la Unión Europea de utilizar la regla de los tres pasos de manera restrictiva, especialmente con respecto de proteger el mercado en el entorno digital y que por consecuencia los límites a los derechos exclusivos sean aplicados de manera

restrictiva en dicho entorno, tanto a nivel europeo como en la legislación de cada país miembro (Oliver, 2001-2002:138).

Otro problema que hizo su aparición en el ámbito europeo es la incertidumbre que ha existido desde el principio respecto del verdadero significado de cada uno de los tres pasos de la regla y esto deriva en que existan grandes diferencias en su aplicación a nivel nacional, lo que tiene consecuencias para el establecimiento e interpretación de los límites y para la protección uniforme de derechos y libertades fundamentales en los distintos países.

Este problema se presenta con claridad en el derecho de autor a nivel europeo y es una de las más grandes críticas que sostenemos en contra de la Directiva Infosoc, se ha logrado muy poca armonización y se ha hecho muy poco para paliar la inseguridad jurídica y conseguir una protección uniforme de derechos, más allá de los derechos económicos (Hugenholtz *et al.*, 2006:53).

Lo anterior nos lleva a analizar cómo se ha interpretado y aplica la regla de los tres pasos a nivel europeo que además presenta otro problema en cuanto a su uniformidad.

A diferencia de la interpretación de la regla a nivel internacional en donde no parecen existir las mismas dudas, no parece que entre los Estados miembros esté totalmente claro cuál es la función de la regla y no solo se ha interpretado de maneras diferentes, si no que algunos Estados miembros han optado por introducir la misma regla, en formas distintas, dentro de sus legislaciones domésticas referentes al derecho de autor y otros a pesar de no incorporarla en la legislación local, la han interpretado y aplicado en sentencias relativas al derecho de autor nacional.

#### **5.2.1 El papel de la regla de los tres pasos en el Derecho de autor de la Unión Europea.**

A nivel europeo, ha surgido la cuestión de si la regla de los tres pasos va dirigida a los legisladores nacionales o si se trata de un criterio dirigido también a los jueces y tribunales a la hora de interpretar y aplicar los límites contenidos en el ordenamiento local.

Si la regla va dirigida al legislador, entonces se trata simplemente de una guía para los órganos legislativos que deben apegarse a la regla de los tres pasos al incorporar límites específicos en sus ordenamientos locales. En cambio, si consideramos que la regla está dirigida a los tribunales nacionales, entonces parece que tiene un papel más relevante pues vincula al poder judicial a asegurar que la aplicación de un límite determinado en la legislación nacional a un caso concreto, cumple en todo caso con la regla de los tres pasos (Griffiths, 2009:3).

Podemos hablar de dos interpretaciones distintas, con implicaciones distintas. A nivel europeo, según el criterio que se ha decidido adoptar, podemos identificar a tres grupos distintos de países:

Un primer grupo considera que la regla de los tres pasos solo se dirige a los legisladores nacionales y por lo tanto no contienen una referencia explícita a la regla en sus ordenamientos internos. Entre estos países encontramos a Alemania, Dinamarca, Suecia, Reino Unido y Finlandia. (Ibíd.:4).

Un segundo grupo está formado por Estados miembros que han adoptado la regla de los tres pasos como una regla directamente aplicable dentro de su regulación local del derecho de autor. Entre estos países están La República Checa, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Eslovaquia. (Guibault *et al.*, 2007:48).

Finalmente, un tercer grupo, que también considera que la regla de los tres pasos es un criterio dirigido al juez, sería el de los tribunales de otros países que a pesar de no contar con la regla de los tres pasos en el articulado de sus legislaciones, la han aplicado como un principio general del derecho de autor a la hora de resolver casos concretos de aplicación de un límite al derecho de autor. Así lo han hecho Austria, Bélgica y los Países Bajos (Loc. Cit.).

Los dos últimos grupos parecen hacer esto sin perjuicio de la interpretación internacional, que interpreta a la regla como un criterio dirigido también al legislador nacional para limitar su actuar a la hora de establecer límites y excepciones.

Griffiths (2009:3-4) nos presenta dos argumentos que se han utilizado para justificar ambas interpretaciones. Quienes consideran que la regla de los tres pasos solo se dirige al legislador nacional lo hacen apoyándose en una diferencia en la redacción del artículo 5.5 de la Directiva, que dice que los límites “únicamente se aplicarán” de acuerdo con los tres pasos de la regla, contrastada con la redacción de la regla en el art. 6.3 de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador), que dice que el límite aplicable a la reproducción con motivos de interoperabilidad de programas de ordenador “no podrán interpretarse” de manera contrario a los pasos segundo y tercero de la regla. Se entiende que la redacción de la Directiva se refiere a que los países aplicarán la regla de los tres pasos al adoptar los límites en su ordenamiento nacional, lo que implica entonces un art. 5.5 que dirige el accionar del legislador.

Para apoyar el argumento de que la regla impone una obligación directa a los tribunales nacionales, se ha contrastado dicha redacción del artículo 5.5 de la Directiva Infosoc (el que dice que los límites “únicamente se aplicarán” siguiendo los tres pasos de la regla) con el texto de los artículos 5.2, 5.3 y 5.4 de la misma Directiva que dice que los Estados miembros “podrán establecer excepciones o limitaciones” a los derechos exclusivos a los que se refiere este art. 5 de la Directiva (Ibíd.:4). Visto así, la Directiva parece indicar que adoptados los límites, estos deberán de aplicarse e interpretarse de acuerdo con los tres pasos de la regla.

Sentfleben (2004:280-281) considera que el art. 5.5 de la Directiva simplemente hace referencia a las obligaciones internacionales respecto de la regla de los tres pasos y por ello la regla de los tres pasos debe de ser tenida en cuenta pero no es necesario incorporarla. El autor considera entonces que los Estados miembros no están obligados por la Directiva a incorporar la regla de los



tres pasos en sus ordenamientos nacionales si bien él mismo considera que hacerlo puede ser positivo si se utiliza como un estándar flexible combinado con el listado de excepciones contenidos en las legislaciones.

Sin embargo, se considera que también puede haber consecuencias negativas de la introducción de la regla de los tres pasos dentro del ordenamiento jurídico europeo y su adopción literal en la legislación de varios Estados miembros, pues se reduce considerablemente la seguridad jurídica, ya que esto abre la puerta para que los Tribunales puedan “examinar y re-interpretar” límites establecidos en la legislación a la luz de una norma de carácter totalmente abierto (Hugenholtz y Sentleben, 2011:9).

Por su parte, Gervais (2008:35) opina que a nivel de legislaciones nacionales, si se adopta la regla de los tres pasos, es necesario que la misma se afine mediante la enumeración de ciertos casos específicos o elaborando en cómo deben interpretarse cada uno de los tres pasos. Considera que la regla sigue siendo un instrumento flexible, y puede ser utilizado por los tribunales en aquellos casos en los que no existen excepciones específicas, si así lo permite la legislación local. La referencia a la prueba de los tres pasos contenida en la Directiva Infosoc puede ser interpretada como un compromiso, por parte de la UE, en el sentido de que la prueba es un lineamiento a seguir por las políticas regionales, pero no necesariamente como una expresión de que se considera a la regla como la mejor herramienta normativa a nivel de legislaciones nacionales.

Para Geiger, (2007:13-15) el art. 5.5 de la Directiva busca que la regla de los tres pasos se aplique directamente ya que dado que son los jueces los que deben aplicar las excepciones, se podría asumir que la regla de los tres pasos va dirigida a estos, aunque reconoce que la doctrina no ha conseguido ponerse en de acuerdo y será necesario esperar a que el Tribunal de Justicia europeo tome una posición al respecto. Además, para este autor, es posible que cuando un juez decide interpretar un límite en virtud de lo dispuesto en la Directiva Infosoc, se decante por comprobar si la aplicación de dicho límite cumple con la regla de los tres pasos contenida en el artículo 5.5 de dicha

Directiva. Además, nos dice, algunos países que no la han incorporado en su legislación nacional, han considerado la posibilidad de que la regla también pueda ser utilizada por los jueces en algunos borradores y en las discusiones a la hora de adaptar sus legislaciones a lo dispuesto en la Directiva.

Mazziotti (2011:7) considera que el art. 5.5 de la Directiva es vinculante tanto para los Estados miembros, a la hora de codificar sus propios límites en la legislación nacional, pero además, vincula a los tribunales nacionales en la aplicación concreta de dichos límites. La regla de los tres pasos, para este autor, va dirigida a ambos.

En la doctrina española podemos encontrar apoyo a ambas interpretaciones. Mario Sol considera respecto de la regla de los tres pasos en la Directiva Infosoc que:

“no parece que exista una obligación para los países miembros de incorporar en su derecho el test, aunque al ser una norma dirigida al legislador, el test deberá ser tenido en cuenta, como mínimo, al redactar la lista de límites o excepciones por las que cada país opte” (Erdozaín *et al*, 2005:22).

Se considera que “...se trata, fundamentalmente, no tanto quizá de un mandato al juez, como de un mandato al legislador” (Ibíd.:32) y que “el test de las tres fases es como mucho un test para controlar la aplicación, la interpretación o quizá, aún antes, la propia existencia de excepciones y limitaciones (Ibíd.:24). Marín López (Ibíd.:25) adopta una posición que podríamos calificar de “intermedia” cuando interpreta la regla de los tres pasos según aparece en el art. 40*bis* de la LPI española pues piensa que un paso de la regla se dirige al legislador mientras que los otros dos son un criterio de aplicación, que no de adopción de los límites. Si para este autor, el primero paso que en la Directiva hace referencia a “determinados casos especiales”... “...es un mandato a los legisladores internos... el cumplimiento de ese mandato... se traduce en la necesidad de positivizar las limitaciones o excepciones en normas con rango de ley... por tanto, casos especiales, en el derecho interno, significa principio de legalidad” (Loc. Cit.), y los otros dos pasos:

“...tal y como está formulado (el art. 40 bis en la LPI española) es, sin lugar a dudas, un mandato dirigido al juez... como resolutor en última instancia de un conflicto concreto entre

las partes... a la hora de interpretar las excepciones debe hacerlo de manera tal que permita su aplicación de forma que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren” (Ibíd.:27).

Para Bercovitz Rodríguez Cano (2012:109) persiste la duda de si la regla de los tres pasos “no era más bien una norma dirigida al legislador” y cuestiona si España ha actuado correctamente al introducir la regla en el art. 40 bis del ordenamiento español, advirtiendo que “en cualquier caso, se trata de una norma cuya finalidad es restringir nuestro sistema de límites tasados, al condicionarlos al respeto de dicha regla. En esto coincide Griffiths (2009:4): considera que la cuestión persiste y el hecho es que, como ya hemos visto, algunos países se han decantado por un sentido y otros por el otro.

Lo que es incuestionable es que la prominencia de la regla de los tres pasos se ha ido expandiendo, quizás el término correcto sea “cambiando” con el tiempo. En su primera aparición, en el Convenio de Berna, está claro que no había intención de que sirviera para su aplicación judicial directa, pues era “un simple compromiso diplomático” y con el Acuerdo ADPIC pasó de ser una simple regla de referencia a una regla de aplicación obligatoria (Carter, 2009:329).

Posteriormente pasó a ser una de las cuestiones centrales en la legislación de derecho de autor a nivel internacional con respecto de la interpretación y aplicación de los límites a los derechos exclusivos, llegando a su punto álgido con la interpretación hecha de la misma por el panel de la OMC que como nos dice Kur (2008-2009:16), convirtió a la regla de los tres pasos en una exégesis cuasi canónica aceptada a nivel mundial; ello a pesar de las reiteradas críticas que han suscitado tanto dicha resolución como la misma regla de los tres pasos en la doctrina internacional. Brennan (2002:212) por ejemplo, ha llegado a decir que la regla de los tres pasos no es más que una tautología.

Más allá de quién sea el verdadero destinatario de la regla, la realidad es que como ya hemos visto, varios ordenamientos jurídicos la han adoptado directamente dentro de sus ordenamientos y

además, existen varias instancias en las que los tribunales nacionales se han referido a la regla en sus decisiones, sin importar que dicha regla no esté contenida dentro del articulado de su legislación de derecho de autor.

A nivel europeo, algunos jueces han invocado la regla de los tres pasos antes de su aparición en la Directiva, interpretando la misma según aparece en el Convenio de Berna, a pesar de que como vimos, no existe duda de que la misma, como aparece en dicho Convenio, va dirigida exclusivamente al legislador y no a los jueces y tribunales (Geiger, 2007:15).

A pesar de que la interpretación del Panel de la OMC de la regla de los tres pasos ha calado hondo, la aplicación por parte de los tribunales de distintos países de la Unión Europea, mencionen expresamente a la regla en su ordenamiento o no, no podría ser menos uniforme. La misma se ha interpretado de distintas formas, algunas más restrictivas que otras, y en algunos casos utilizando una fórmula que aunque flexible, va contra todo precedente, como ha sucedido en el caso español.

Finalmente, y como era inevitable, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó la cuestión en una decisión reciente, en el caso conocido como *Infopaq* (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2011, en el caso 5/08, *Infopaq/Danske Dagblades Forening*).

En dicho asunto, el Tribunal parece extender el papel de la regla de los tres pasos haciéndola efectivamente un criterio de interpretación para los jueces nacionales pero lo hace de manera tal que los mismos no pueden aplicar un límite si no cumple con la regla de los tres pasos. Además, establece que los límites al derecho de autor deben definirse precisamente y ser interpretados de manera restrictiva, lo cual ha desatado, como era de esperarse, las críticas de un sector de la doctrina.

El que el Tribunal de Justicia haya adoptado una posición, no es óbice, por supuesto, para que podamos analizar otras decisiones judiciales que han aplicado e interpretado la regla de los tres pasos a nivel nacional en distintos países de la Unión Europea y de distintas formas. Es lo que haremos a

continuación para, finalmente, analizadas estas sentencias, analizar el referido asunto *Infopaq*, y otros casos que guardan relación, y las consecuencias que tienen para la interpretación de los límites al derechos de autor.

### **5.2.2 La regla de los tres pasos en los Tribunales de los países miembros.**

La aplicación de la regla de los tres pasos por parte de tribunales y jueces de países de la Unión Europea es una tendencia, incluso en países que no forman parte de esta. Dentro de los países que han decidido aplicarla e interpretarla en resoluciones judiciales encontramos que no hay uniformidad en las decisiones aunque sí algunas tendencias identificables, que nos permiten agrupar las sentencias en la forma que vemos a continuación. Algunas de ellas son anteriores a las decisiones al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y otras, parecen no tomarla en cuenta y establecer sus propios criterios. Al final, después de analizar las sentencias de tribunales nacionales, analizamos el criterio del citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### **5.2.2.1 Países que han aplicado restrictivamente la regla de los tres pasos en su derecho interno.**

Entre los países que han aplicado la regla de los tres pasos de manera restrictiva podemos encontrar a Francia, los Países Bajos y Bélgica. Hasta cierto punto, esta forma restrictiva se corresponde con la interpretación que ha hecho el panel de la OMC de la regla y se caracteriza principalmente por dar preeminencia a las cuestiones económicas por encima de cualquier otra cuestión.

A continuación analizamos las resoluciones judiciales que se han dictado en dichos países y que interpretan la regla de los tres pasos.

##### **5.2.2.1.1 Francia: El caso *Mulholland Drive*.**

En la doctrina que se ocupa de la regla de los tres pasos, el caso *Mulholland Drive*, resuelto por el Tribunal Supremo francés, sea el más conocido de todos y ha llamado la atención de la doctrina que estudia al derecho de autor tanto a nivel comunitario como internacional.

El asunto concierne a un litigio entre Studio Canal, Universal Pictures video France y SEV contra S. Perquin, resuelto por la *Cour de cassation* francesa (Cour de cassation (1re ch. civ.), de 28 de febrero de 2006, Studio Canal, Universal Pictures Video France et SEV c/ *Perquin et Ufc que Choisir*.

En dicho litigio, un ciudadano francés reclamaba no haber podido hacer una copia en una cinta de vídeo del DVD de la película *Mulholland Drive* para su uso personal (pretendía darle la copia a su madre que solo disponía de un reproductor de cintas VHS). El motivo por el que no pudo realizar la copia es que el DVD estaba bajo medidas tecnológicas de protección que no permitían dicha copia y por lo tanto se reclamó que esto iba contra lo dispuesto en el *Code de la propriété intellectuelle* francés, que contempla un límite por copia privada. Dicho límite está contemplado en el art. L 122-5 del *Code de la propriété intellectuelle* francés.

El asunto llegó al Tribunal de apelación de París que resolvió que efectivamente, la medida tecnológica anticopia impedía que el ciudadano pudiera disfrutar de su derecho a hacer una copia privada sin autorización del titular, amparado por el límite contenido en la legislación del derecho de autor francesa. Sin embargo, el Tribunal Supremo revirtió esta última decisión.

En concreto, la cuestión planteada al Supremo francés era si los consumidores tenían el derecho a hacer una copia privada de cualquier obra protegida por el derecho de autor; y de ser así, si dicho derecho tenía preeminencia sobre la habilidad del autor, o el legítimo tenedor de los derechos, para utilizar medidas tecnológicas de protección contra la copia de una obra en formato digital. Al mismo tiempo, el Tribunal resolvió si la regla de los tres pasos contenida en la Directiva Infosoc debía aplicarse directamente al derecho interno en Francia (Maxwell y Massaloux, 2006:145-146).

Al revertir la sentencia del Tribunal de apelación, el Supremo confirmó el derecho de los legítimos tenedores de los derechos exclusivos sobre una obra de establecer medidas tecnológicas de protección en los DVDs, pero lo que hemos realmente de resaltar es la forma en que lo hizo por lo que implica para la regla de los tres pasos y para los límites al derecho de autor.

Primero, el Tribunal Supremo francés interpreta a los límites al derecho de autor de la manera más restrictiva posible. El Tribunal dictaminó que un límite al derecho de autor, en este caso el de copia privada, a pesar de encontrarse previsto en la legislación del derecho de autor francesa, no es un derecho absoluto de los consumidores, sino que se trata de un límite, y como todo límite dentro del derecho francés, debe interpretarse de forma estricta (Ibíd.:146). Para el máximo Tribunal francés, el límite que permite la copia privada en la legislación francesa no forma parte del derecho positivo y es necesario, a la hora de aplicarlo a un caso concreto, comprobar primero que cumple con los tres pasos de la regla (Griffiths, 2006:5).

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo francés procedió a analizar si efectivamente el límite de copia privada cumplía con la regla de los tres pasos y al hacerlo, aplicó la regla en forma excesivamente restrictiva y se dio preeminencia al segundo paso, que analiza si el límite perjudica a la explotación normal de la obra y no se hizo el intento de valorar ningún otro factor a la hora de decidir si el límite por copia privada debía ser invalidado.

Como era de esperarse de una interpretación restrictiva de la regla, el Tribunal dictaminó que en el entorno digital, la existencia de un límite que permite hacer copias privadas de DVDs afecta a la explotación normal de la obra protegida y por consiguiente, no cumple con el segundo paso de la regla, por lo que en consecuencia, se consideró que el límite de copia privada no es válido en el entorno digital (Ibíd.:5-6).

Hughenoltz y Sentfleben (2011:9) consideran que la aplicación restrictiva de la regla en este caso se debe a la estructura del art. 5 de la Directiva Infosoc. La regla de los tres pasos, nos dicen, al

estar en el último párrafo de dicho artículo, parece requerir que los tribunales nacionales hagan una revisión adicional de las excepciones y límites que ya de por sí vienen definidas restrictivamente en la legislación nacional.

Para Geiger (2007:15-16), el criterio del Tribunal francés está redactado en términos demasiado vagos y eso puede prestarse a arbitrariedades pues aunque se dice que se afecta a la explotación normal de la obra, no se define en qué consiste dicha explotación normal y simplemente se dice que dicha afectación se puede apreciar "en los riesgos inherentes al entorno digital."

En otras palabras, si un uso permitido por un límite previsto *a priori* en la legislación puede ser invalidado *a posteriori* cuando el juez considere que no cumple con la regla de los tres pasos; el resultado será que el usuario tendrá dificultad para determinar qué libertades han sido establecidas en la legislación para su beneficio y en consecuencia, la inseguridad jurídica resultante inhibirá a los usuarios a la hora de pretender ampararse en un límite para realizar cualquier uso aunque aparentemente la Ley así lo permita.

Sentfleben (2010b:71) coincide. Dice que el hecho de que un límite, que a pesar de estar previsto precisamente en la legislación, esté sujeto al requisito de cumplir con la regla de los tres pasos para poder aplicarse resulta en que el grado de seguridad jurídica se reduzca sustancialmente en comparación con lo dispuesto en la Directiva, que establece unos límites definidos y que no están sujetos a criterios abstractos.

Uno de los motivos para criticar la decisión, es que pudo marcar el inicio de una tendencia jurisprudencial en la que la regla de los tres pasos se convertiría en un instrumento de revisión "*supra-legislativa*" que recaería sobre cualquier norma que tuviera el potencial de limitar los beneficios económicos para el legítimo tenedor de los derechos, aún cuando existieran excepciones expresamente contenidas en la legislación (Kur, 2008-2009:34).



En nuestra opinión, el precedente del caso *Mulholland Drive* es desafortunado por dos motivos. El primero es esa inseguridad jurídica de la que hablan los autores, pues efectivamente la misma puede dar como resultado que el usuario, en nuestro caso una institución educativa, un profesor o un alumno se abstenga de utilizar una obra amparándose en un límite, de ilustración a la enseñanza, cita o cualquier otro similar; por temor a infringir la legislación de derecho de autor y en consecuencia ser sujeto de responsabilidades jurídicas.

La sola amenaza de afrontar un proceso judicial, que implica costes que pueden no ser asumibles para el usuario en cuestión puede ser suficiente desaliento. Una crítica que hacemos a la doctrina del *Fair use*, que analizamos más adelante, es precisamente esta. La inseguridad jurídica, y el riesgo de verse en el embrollo de un litigio, pueden resultar en que los usuarios no ejerzan derechos otorgados por la ley. Hemos de recordar de nuevo, que cuando hablamos de límites al derecho de autor, hablamos de derechos y libertades fundamentales y del interés general.

El segundo motivo es que la sentencia del Tribunal Supremo francés es otro ejemplo de las consecuencias desafortunadas que valorar los intereses en juego en la legislación del derecho de autor desde un punto de vista puramente económico. El Tribunal francés parece no darse cuenta de las consecuencias negativas que su decisión tiene para el interés general y las libertades ciudadanas y esto se refleja en su restrictiva decisión.

Al centrarse solamente en la cuestión de si el límite de copia privada afecta a la explotación normal de la obra, el Tribunal se olvida del tercer paso, que como hemos expuesto, es quizás el más importante de los tres pues es el único que toma en cuenta el interés general y las libertades fundamentales que sin duda se consideran de una categoría superior a los intereses económicos de cualquiera de las partes. Una aplicación de la Ley, de cualquier ley, en donde no se ponen en la balanza *todos* los intereses de *todas* las partes involucradas no puede ser valorada como correcta y por lo tanto, debe ser rechazada.

#### 5.2.2.1.2 Bélgica: El caso *Google News*.

Bélgica también ha hecho una interpretación restrictiva de la regla de los tres pasos en el caso *Google News* (Google, Inc. vs. *Copiepresse* SCRL. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Sentencia del 13 de febrero de 2007. ECDR 5.).

En este asunto, el demandante era una sociedad gestora de derechos que representaba a un grupo de editores de prensa y que demandó a Google por extraer automáticamente artículos de sus sitios web y reproducirlos en su servicio conocido como Google News, de ahí el nombre del caso. La defensa argumentó que sus actividades se amparaban en el derecho de cita previsto en la legislación belga del derecho de autor y en el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como nos cuenta Griffiths (2009:6), el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dio la razón al demandante argumentando lo siguiente:

“El artículo 5(5) de la Directiva 2001/29 dispone que los límites y excepciones solo aplicarán en ciertos casos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen de manera injustificada los intereses legítimos del tenedor (regla de las tres etapas), lo que parece confirmar la naturaleza restrictiva de las excepciones...”

El lenguaje de esta sentencia evidencia una vez más la voluntad de aplicar de manera restrictiva la regla de los tres pasos pues el Tribunal de Bruselas estima que el hecho de que la Directiva mande que los límites “solo se aplicarán...” cuando se cumple la regla de los tres pasos. Lo anterior parece querer decir entonces, que cada uso concreto, para poder ampararse en un límite, deberá cumplir con la regla de los tres pasos.

Como sucede con el caso *Mulholland Drive*, el Tribunal Belga parece cambiar el papel de la regla de los tres pasos y convertirla en un instrumento para poner bajo análisis cada uso permitido por la legislación nacional. Parece entonces, que al igual que en el caso francés, cabe preguntarse si

la regla de los tres pasos se ha transformado en un instrumento que permite reconsiderar los espacios de libertad, o de libre uso, contenidos en la legislación de derecho de autor (Geiger, 2007:7).

En lugar de que el supuesto jurídico sea el que los usuarios tienen cierta libertad para utilizar contenidos en base a límites a derechos exclusivos basados en criterios de interés general, el supuesto es que, para que un usuario pueda usar libremente un contenido, este tendrá que ser contrastado con la regla de los tres pasos para determinar si se puede amparar en un límite o no.

De nuevo no se ha valorado el interés general, y en este caso el derecho a la libertad de expresión al que se refería la defensa, contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha sido un factor a tener en cuenta, por lo que esta interpretación contradice al Derecho Comunitario (Ibíd.:18-19).

#### **5.2.2.1.3 Países Bajos, dos casos: *Ministry Press Reviews* y *Private Copy from Illegal Sources*.**

El primero de los asuntos, *Ministry Press Reviews* (Rechtbank Den Haag, marzo de 2005, asunto nº 192880, LJN: AS8778, Computerrecht 2005), gira en torno a la cuestión de si la reproducción no autorizada de artículos de prensa y su posterior comunicación electrónica (a través del correo electrónico y la intranet) entre ministerios del gobierno estaba amparada o no en el límite que permite las revistas de prensa en el derecho de los Países Bajos (según el art. 15 de la Ley de derecho de autor de los Países Bajos y que tiene su correspondencia en el art. 5.3.c) de la Directiva 2001/29/CE).

Nótese que el caso no concierne a los particulares si no a entes estatales y empresas, pero es igualmente importante por la manera en que se interpreta la regla de los tres pasos y su relación con los límites al derecho de autor contenidos en la legislación, en este caso, la ley de derecho de autor de los Países Bajos.

El Tribunal de Apelaciones de La Haya, decidió no analizar si los usos en cuestión estaban amparados por el límite que permite las revistas de prensa contenido en la legislación, argumentando que esto no era necesario porque los usos en cuestión no se ajustaban a los requisitos contenidos en la regla de los tres pasos según aparece en el art. 5.5 de la Directiva Infosoc (según la traducción al inglés encontrada en Sentfleben, 2010b:70):

“El motivo para dejar estas tres cuestiones sin respuesta es que la práctica del Estado, de elaborar revistas de prensa digitales, en la opinión del Tribunal, no cumple con la así llamada regla de los tres pasos del artículo 5(5).”

A diferencia del caso *Mulholland Drive*, la decisión del Tribunal de La Haya analiza un uso concreto a la luz de la regla de los tres pasos y no el límite en sí contenido en la legislación. Mientras la sentencia francesa invalida un límite ya contenido en la legislación, la sentencia de los Países Bajos declara que un uso no autorizado en concreto que no se ajusta con la regla de los tres pasos no puede ser tenido como válido por lo que no es necesario contrastar si está dentro de un límite o no. Como los Países Bajos no han adoptado la regla de los tres pasos en su legislación interna, una decisión así margina al límite que permite las revistas de prensa contenido en la legislación de los Países Bajos y lo sustituye con la regla de los tres pasos contenida en la Directiva (Loc. Cit.).

Una consecuencia de lo anterior, al igual que en el caso de la Suprema Corte francesa, es el aumento de la inseguridad jurídica pues efectivamente se sustituye un límite contenido en la legislación, que garantiza ciertos privilegios a los usuarios y se supedita a que todos y cada uno de los usos que pretendan ampararse en un límite deberán ser examinados por un criterio (o tres) tan indeterminado como la regla de los tres pasos (Loc. Cit.).

Por supuesto, los límites contenidos en la legislación son sin duda perfectibles. No se puede esperar que el legislador prevea todos los casos y uno de los objetivos de este trabajo es poner en evidencia aquellos límites que consideramos que por su concepción y redacción deben de ser

enmendados o incluso sustituidos pues no protegen adecuadamente el interés general. Pese a esto, una decisión de esta naturaleza nos parece incorrecta pues aunque los límites no sean perfectos y en definitiva necesiten de mejoras y adecuaciones para continuar siendo efectivos y vigentes en el entorno digital, y entre esas mejoras esté la flexibilidad que tanto pedimos y que sin duda tanto necesitan, no se puede confundir flexibilidad con inseguridad jurídica.

No rechazamos una lista de límites contenida en la legislación. Rechazamos la inadecuada redacción de algunos de ellos y una interpretación restrictiva de los mismos y pretendemos proponer redacciones e interpretaciones que permitan un cierto grado de flexibilidad, pero no podemos apoyar una aplicación de la ley que destierre el mínimo grado de garantía que tiene el usuario con los límites ya contenidos en la legislación y lo sustituya por criterios abiertos que están poco definidos, tal es el caso de la regla de los tres pasos que además como veremos, en el caso *Ministry Press Reviews* fue interpretada de una manera restrictiva al caso concreto al que el mismo se refiere.

Como sucediera en el caso *Mulholland Drive*, la aplicación de la regla de los tres pasos en el caso *Ministry Press Reviews* se centró únicamente en el segundo paso, dando importancia al aspecto económico del uso en cuestión y dando poco o ningún peso a otros aspectos contenidos en la regla de los tres pasos, en concreto, la evaluación de la justificación al perjuicio del autor por causas de interés general que puede hacerse con el tercer paso de la regla. Además, la interpretación de la regla hecha en este caso, constriñe la aplicación de los límites en el entorno digital. Se consideró que la reproducción y posterior distribución electrónica de artículos periodísticos contenidos en revistas de prensa dentro de los ministerios gubernamentales constituía un perjuicio a la explotación normal de la obra debido al impacto que las revistas de prensa en formato digital tenían sobre el mercado de los distribuidores de noticias en formato electrónico y su interés legítimo de comercializar las noticias en formato digital (Griffiths, 2009:5).

Para Sentfleben (2010b:70), la valoración hecha por el Tribunal con sede en la Haya se asemeja incluso al análisis que se hace al aplicar la doctrina del *fair use* norteamericana que también es conocida por la preeminencia que otorga a los factores económicos.

El cuarto factor de la doctrina del *fair use* tiene cierta similitud con el segundo paso de la regla. La §107 de la Ley de Copyright norteamericana establece los cuatro factores de la doctrina, siendo el último el efecto del uso en el mercado potencial o el valor de la obra protegida.<sup>26</sup> Aunque inconsistente en su interpretación, como veremos en el próximo capítulo, la jurisprudencia norteamericana ha dicho que sin lugar a dudas, el cuarto factor es el elemento más importante del *fair use* y para que un uso no pueda ser considerado como *fair use* basta con probar que si el uso en cuestión se realiza de manera generalizada, tendría un impacto negativo sobre el valor potencial de una obra protegida (Harper & Row v. Nation Enterprises, 1985).

El otro asunto neerlandés, conocido como *Private Copy from Illegal Sources (Rechtbank Den Haag*, 25 de junio de 2008, caso 246698, LJN: BD5690, 2008) tiene consecuencias similares a *Google News*. De los dos, es el que más se parece al caso francés pues como su nombre nos indica, se refiere a la copia privada y en el mismo se aplica la regla de los tres pasos de manera tal que invalida un límite ya contenido en la legislación nacional.

En realidad, la cuestión central giraba en torno a la remuneración equitativa en casos de usos amparados en el límite de copia privada regulado por el artículo 16c de la Ley del derecho de autor neerlandesa. Sin embargo, el Tribunal de Distrito de la Haya que decidió el caso abordó la cuestión de si el límite de copia privada seguía siendo válido cuando la obra sobre la que se hacía el uso no autorizado se había obtenido de manera ilegal.

A pesar de que, como nos cuenta Sentfleben (Loc. Cit.), en el derecho de los Países Bajos existía la certeza de que el límite por copia privada no tomaba en cuenta si la obra había sido

---

<sup>26</sup> (“(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work”. Traducción propia.

obtenida de una fuente legal o ilegal, la sentencia del Tribunal de la Haya decidió, sin ofrecer un análisis detallado, que la copia privada a partir de obras que no provienen de fuentes legales era inválido pues entraba en conflicto con la regla de los tres pasos. La consecuencia directa de esto es la inseguridad jurídica que afecta directamente a los usuarios.

Como vemos, la decisión del Tribunal neerlandés tiene como consecuencia invalidar un límite que ya estaba previsto y definido en el derecho nacional por no ajustarse a la regla de los tres pasos. Lo que es novedoso en este caso es lo lacónico que es el Tribunal pues aunque declara que la copia privada en caso de que la fuente sea ilegal no explica los motivos por los que no se ajusta a la regla de los tres pasos. Si ya en los dos asuntos anteriores resaltábamos la incertidumbre jurídica que ambos generaban, en este caso es aún mayor pues como ya hemos dicho en ocasiones anteriores, los criterios de la regla de los tres pasos no están claramente definidos.

En la opinión del mismo Sentfleben (2010b:70-71), el hecho de que la regla de los tres pasos no esté reflejada en la legislación neerlandesa diluye aún más el nivel de seguridad jurídica. Pero lo mismo se puede decir a nivel internacional, en donde en ningún instrumento jurídico, sea el Convenio de Berna, el Tratado de la ADPIC, los Tratados de la OMPI o la Directiva Infosoc, elabora sobre los tres pasos de la regla. La única interpretación existente es la del Panel de la OMC, con su perspectiva centrada en consideraciones puramente económicas y su voluntad restrictiva.

¿Podemos asumir que el Tribunal de Distrito de la Haya adoptó este criterio? ¿O quizás, adoptó el criterio local, contenido en la sentencia del caso *Ministry Press Reviews*? No hay manera de saberlo, pero lo cierto es que en ambos casos el criterio que ha tenido más peso, cuando no ha sido el único, ha sido el criterio económico del tercer paso por lo que quizás sea válido asumir que en esta sentencia se presenta el mismo problema y el interés general no ha sido adecuadamente tenido en cuenta y este es el mayor problema, a nuestro parecer, en esta interpretación de la regla de los tres pasos por los tribunales europeos.

### **5.2.2.2 Países que han aplicado la regla de los tres pasos de manera flexible en su derecho interno.**

A continuación veremos otros casos en los que la regla de los tres pasos ha sido utilizada de manera más flexible y en donde otros intereses más allá del económico si han sido tenidos en cuenta.

#### **5.2.2.2.1 Alemania: *Re: the Supply of Photocopies of Newspaper Articles by a Public Library.***

Primero que nada, hay que decir que en este caso se aplica la regla de los tres pasos contenida en el Convenio de Berna, pues cuando fue resuelto, en 1999, la Directiva Infosoc aún no entraba en vigor, que como sabemos, es de 2001.

En este asunto del *Bundesgerichtsfot* o Tribunal Supremo alemán (Caso I ZR 118/96, de 25 de febrero de 1999 (2000), ECC 237), la parte la parte demandada era una biblioteca pública en Hannover, Alemania que tenía a su cargo un acervo de obras de carácter científico. La biblioteca puso a disposición del público un catálogo electrónico y contaba con un servicio para enviar copias de los artículos de revistas académicas a los usuarios, a instancia de estos. La biblioteca cobraba además una cantidad por este servicio.

Como era de esperarse, un grupo de editores demandó a la biblioteca pública argumentando que las actividades que hemos descrito infringían sus derechos exclusivos de reproducción y distribución sobre los artículos que eran reproducidos y enviados a los usuarios de la biblioteca. La parte demandada argumentó que su accionar estaba amparado por una excepción que permitía la obtención de copias para uso privado (art. 53 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos alemana (modificada el 16 de julio de 1998). En concreto, el artículo permitía a la persona que planea hacer uso privado de la copia de una obra, autorizar a un tercero para hacer la copia en su nombre. En la actualidad, la ley de 1998 ha sido sustituida por la Ley sobre Derecho de autor y Derechos Conexos modificada el 17 de diciembre de 2008.



El Supremo alemán reconoció que las actividades de la biblioteca pública de Hanover estaban cubiertas por el límite contenido en la legislación alemana, y, aunque debido a los avances tecnológicos en relación con la comunicación de catálogos y copias, las actividades podrían tener un efecto en la explotación normal de las obras por los legítimos tenedores de sus derechos, las mismas debían de permitirse siempre que los autores de las obras sujetas a copia recibieran una compensación razonable por la utilización de sus obras.

Al mantener a las bibliotecas dentro de la excepción mediante el reconocimiento de que el autor tenía derecho a una compensación equitativa en virtud de las actividades de la biblioteca, el Tribunal basó su decisión en la regla de los tres pasos. El Tribunal dictaminó que para que la legislación nacional se ajustara con el tercer paso de la regla, los autores debían de ser remunerados por los usos que se realicen amparándose en el límite por copia privada (Griffiths, 2009:7).

Aunque el Tribunal admitió que la forma en que se distribuían las copias era un proceder muy cercano al de un editor, se abstuvo de detener la actividad de la biblioteca pública por afectar a la explotación normal de la obra pues entendió que podía, aplicando la regla de los tres pasos, establecer una compensación equitativa para los autores y permitir así que el servicio informativo de la biblioteca continuase. Así, el Tribunal reconoció que era necesario proteger el interés público de no obstaculizar el acceso a la información (Hugenholtz y Sentfleben, 2011:23).

Una decisión como esta parece tener precedente en la tradición jurídica alemana. A diferencia que en Francia, los tribunales alemanes siempre han demostrado un interés por considerar tanto los intereses de los autores y titulares de derechos como de los usuarios en temas relacionados con el derecho de autor, utilizando las licencias obligatorias para intentar alcanzar el balance entre dichos intereses (Griffiths, 2009:10).

En nuestra opinión, es acertado que el Tribunal alemán decida que el establecimiento de una remuneración compensatoria es válido, aunque la legislación no lo establezca así para el caso

específico. Recordemos que el tercer paso de la regla permite un “perjuicio justificado” a los intereses legítimos del autor y como hemos visto anteriormente cuando analizamos el paso al que nos referimos, el perjuicio al autor puede ser minimizado mediante compensaciones económicas. Recordemos que el tercer paso de la regla prohíbe perjudicar sin justificación los intereses legítimos del autor o del titular de los derechos.

Es necesario analizar cada situación y no siempre una remuneración por el uso no autorizado será la solución adecuada para las partes, pero lo más loable de la decisión del Tribunal alemán, siempre en nuestra opinión, es el reconocimiento de que aunque puede ser que un uso afecte a la explotación normal de una obra, existen otros intereses, no económicos y relacionados con el interés general y los derechos fundamentales, a tener en cuenta y que es lícito entonces causar un perjuicio al autor, si bien este debe de ser el mínimo posible.

Pese a este aspecto positivo, según Sentfleben (2010b:71), la sentencia del Tribunal Federal resalta que el sistema del derecho de autor alemán, con su lista exhaustiva y cerrada de excepciones, deja a los Tribunales sin capacidad para mantener el paso con la constante evolución de las nuevas tecnologías de Internet. Un problema que en general, podemos encontrar en cualquier sistema de listas cerradas de excepciones o límites. Como las listas cerradas no dejan demasiado espacio para su aplicación por analogía, generalmente tomará un tiempo considerable de tiempo decidir si un límite o no se traslada al ámbito digital, que por otro lado suele cambiar a gran velocidad y en breves períodos de tiempo.

#### **5.2.2.2.2 España: Una aproximación *sui generis*.**

Quizás el caso más particular de los que hemos visto sea la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona en el *caso Google* como se le conoce en España (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, REC 749/2007). La doctrina la ha calificado incluso de “extrema” en el contexto del derecho continental europeo y al

mismo tiempo, ha alabado su actitud proactiva respecto del balance de intereses de las partes (Kur, 2008-2009:34). También se ha dicho que la sentencia hace una aplicación “extremadamente liberal” de la regla de los tres pasos (Griffiths, 2009:7).

La controversia surge debido a que el propietario de un sitio web demandó a Google por realizar, sin su autorización, reproducciones parciales de fragmentos de dicha página web para presentarlos en los resultados de búsqueda, reproducciones en la memoria *cache* que permite cargar las páginas webs y la puesta a disposición (comunicación pública) de enlaces a dichas copias de la página web.

La sentencia de la APB desestimó la demanda pues no encontró ninguna vulneración a los derechos de autor del demandante debido a que la parte demandada solo utiliza "una pequeña parte del contenido de la página web de la actora, bajo condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra, que además es conforme a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet" considerando que esto "constituye un límite a los derechos de explotación de la obra de conformidad con el art. 31 TRLPI y los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

La parte más llamativa de la Sentencia, la considerada "radical" o "extrema" según algunos autores, se encuentra en su fundamento de derecho cuarto:

"... al margen de si las conductas enjuiciadas se encuentran cubiertas directamente por la excepción del art. 31.1 TRLPI... en realidad, estas conductas carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor respecto de la información reproducida y/o puesta a disposición del público. Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el art. 40 *bis*) TRLPI... dispone que los artículos sobre límites (arts. 31 y ss. LPI) no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y puesta a disposición (comunicación). Lo que en el ámbito

anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación de alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inocui*<sup>27</sup> ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural de derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas."

La sentencia habla de la flexibilidad a la hora de interpretar los mismos derechos exclusivos y reconoce que los derechos de propiedad intelectual no son de carácter absoluto y no podríamos estar más de acuerdo pues creemos que con esto, en la sentencia se reconoce que existen otros intereses y derechos de personas distintas a los autores y tenedores de derechos a tener en cuenta y que hacen necesario limitar al derecho de autor.

La sentencia no solo reconoce la necesidad de limitar el derecho de autor para proteger el interés general, también entiende que mediante los usos que se permiten a través de los límites al derecho de autor, se beneficia al autor pues el permitir circular la información con mayor libertad ayuda a alcanzar una finalidad perseguida por el autor, que es la difusión de su obra, que en este caso es la página web en cuestión pero por extensión, todo tipo de obras creadas por cualquier autor:

"Esta reflexión viene guiada por el sentido común, que debe impedir sancionar y prohibir una actividad que no solo no perjudica al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un sitio Web sino que le beneficia, pues contribuye a conseguir una de las finalidades implícitamente perseguidas por el autor que es su difusión y acceso a los internautas..."

Esta parte de la sentencia no ha recibido mucha atención por parte de la doctrina pero sin duda la consideramos importante. Por ejemplo, si una de las preocupaciones con respecto del derecho de cita en la LPI (art. 32.1) es que parece dejar fuera del límite a usos socialmente aceptados como citar fragmentos u obras cortas al principio de capítulos de libros. Esta sentencia parece referirse a esta cuestión y extender el alcance de los límites para cubrir este tipo de usos que *"...llevan a cabo un uso social tolerado de aquellas obras, que responde además la finalidad perseguida por el autor."* Aunque por supuesto se refiere al uso de páginas web por parte del

---

<sup>27</sup> Principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, según el art. 7.2 del Código Civil español.

buscador de Google, creemos que podría aplicarse también a cualquier otro uso socialmente aceptado que no afecte a los intereses legítimos del autor.

La APB parece entender a la regla de los tres pasos como un nuevo límite, de carácter flexible, bajo el cual se deben analizar los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública pero, aunque la sentencia fue confirmada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 172/2012, de 3 de abril) se precisó que su razonamiento:

"...no supone la creación judicial de una nueva excepción legal ni la legitimación de las actividades de Google por la vía del artículo 31.1 de la Ley de Propiedad Intelectual y considera que la protección del derecho de autor y sus límites no autorizan pretensiones abusivas ni hipótesis absurdas dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio."

Además, el Supremo considera que:

"...no es cierto que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense, porque su referencia al "fair use" (uso justo, limpio o leal) se enlaza con la que dentro del mismo párrafo se hace al "*ius usus inocui*" (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), que no puede sostenerse seriamente resulte ajeno al ordenamiento jurídico español..."

La sentencia del Tribunal Supremo limitar ese carácter "radical" o "extremo" que se le atribuía al razonamiento de la APB si no es que lo hace desaparecer del todo. De todos modos, conviene analizar con más detenimiento esa parte más "radical" de la sentencia, aquella referente a que la regla de los tres pasos abre la puerta a que la doctrina del *fair use* se aplique en el Derecho español, pues da lugar a un análisis interesante.

La doctrina reclama flexibilidad a la hora de interpretar la regla de los tres pasos, , aunque lo que se propone va en el sentido de requerir que se haga un balance adecuado de intereses, que los pasos no se valoren de manera cumulativa y que especialmente el interés general y los derechos fundamentales tengan la consideración que se merecen, evitando decidir las cuestiones valorando únicamente aspectos económicos.

Es cierto que la doctrina también ha valorado si se debe de adoptar la doctrina del *fair use* en el Derecho continental europeo, para dotar de mayor flexibilidad y dinamismo a las listas cerradas de límites contenidas en las legislaciones que siguen esta tradición jurídica, pero aplicar la doctrina del *fair use* en la forma en que lo hace la sentencia, implicaría aceptar todo lo bueno, pero también todo lo malo que acompaña a dicha doctrina.

Como expondremos en el capítulo siguiente, una parte de la doctrina ve virtudes en el *fair use* que son dignas de imitarse, pero otro sector es sumamente crítico con la misma y rechaza que sea solución alguna. Más bien, opinan algunos autores, debería de considerarse como parte del problema.

Creemos también, que la sentencia echa en falta un mayor desarrollo de los preceptos aquí invocados. Se habla de la regla de los tres pasos, diciendo que los artículos sobre límites deben interpretarse de manera tal que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obra, pero en nuestra opinión, la sentencia no explica en qué consisten estos conceptos, que como hemos visto antes, son de complicada interpretación y en múltiples instancias echan en falta una elaboración sobre su preciso significado.

Nos parece loable que la sentencia aplique de una manera flexible la regla de los tres pasos, de una manera tal que permite el balance de intereses entre las partes pues interpreta a dicha regla como un instrumento flexible a la hora de interpretar el alcance tanto de los derechos de explotación como de sus límites; pero, si se opta por un sistema más abierto, ¿cómo preservar un grado aceptable de seguridad jurídica, característica de nuestro sistema de Derecho continental, si no se definen con precisión los parámetros que permiten esta flexibilidad?

La sentencia hace una referencia expresa a la doctrina del *fair use* y sus cuatro factores: 1) la finalidad y el carácter del uso en cuestión; 2) La naturaleza de la obra utilizada; 3) la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida; y 4) el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra. Aunque los menciona, a nuestro parecer la sentencia no deja ningún criterio de cómo

debemos de interpretar dichos factores, qué peso debemos dar a cada uno y qué relación deben de tener entre sí.

Ignacio Sancho Gargallo (2011:9), quien fuera ponente de la sentencia de la AVP, elabora sobre su sentencia en una comunicación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya:

"No obstante, de la dicción literal de este art. 40 bis no se desprende con tanta claridad que los límites al derecho de autor y derechos afines sean *numerus clausus*, como *apertus* son sus derechos de explotación. Eso es lo que ha propiciado que... algún tribunal hayan llegado a reconocer otros límites no reconocidos expresamente por la Ley, invocando la doctrina del *fair use*, como si se tratara de una variante del *ius usus inocui*..."

Si bien eso sirve de guía sobre cómo es posible aplicar la doctrina en el derecho español, nos parece explicación insuficiente en cuanto a cómo la misma debe interpretarse. La doctrina del *fair use* es un concepto complejo, que proviene de una tradición jurídica muy diferente a la nuestra y en donde conceptos como esta doctrina suelen desarrollarse, con el paso del tiempo, a través de decisiones judiciales. El *fair use* carga con un bagaje considerable de interpretación y desarrollo. Apareció primero en la jurisprudencia y se fue desarrollando hasta ser codificado pero aún ahora persisten controversias sobre su alcance e incluso sobre su idoneidad y verdadero beneficio para los usuarios.

Existen dudas de si el *fair use* mismo podría pasar la regla de los tres pasos según su interpretación internacional lo que evidencia que se trata de dos conceptos muy diferentes por lo que es cuestionable que el *fair use* realmente pueda ser una pauta de interpretación de la regla de los tres pasos como parece indicar la sentencia de la APB de Barcelona, sobre todo si en realidad es el *fair use* el que debe analizarse según la regla y no al revés en función de cómo se ha interpretado la legislación internacional.

Hemos visto una sentencia de un Tribunal neerlandés en donde se encuentran similitudes entre la regla de los tres pasos y la doctrina del *fair use* y efectivamente, la única similitud

encontrada es entre el llamado segundo paso (que sería el tercero según la redacción del 40 bis de la LPI) y el cuarto factor del *fair use*, refiriéndose ambos al efecto que tiene un uso no autorizado sobre la explotación de la obra y el efecto que tiene el mercado potencial y valor de la misma.

En dicho asunto, el *Ministry Press Reviews*, se utilizó este requisito o factor contenido en la regla y en el *fair use* para hacer una interpretación restrictiva de la legislación y no permitir unos usos concretos pues el Tribunal de Países Bajos, siguiendo la jurisprudencia sobre el *fair use* que dice que el factor de más peso a la hora de valorar si un uso no autorizado debe ampararse por tal o no debe de ser este cuarto factor. Esto motivó al Tribunal neerlandés a no autorizar un uso pues no se cumplía con el cuarto paso de la regla.

Como sabemos, la Audiencia Provincial, actuó exactamente al revés, utilizando la regla como un criterio flexible. Hace falta un razonamiento adecuado de cómo se han valorado los tres pasos de la regla en este asunto pues al no elaborarse sobre el significado de los mismos en la legislación, creemos que es necesario que el juez explique con detalle su criterio a la hora de aplicarlos, o de lo contrario, el problema de inseguridad jurídica que acompaña a la regla de los tres pasos y que ya hemos mencionado vuelve a aflorar, y aunque en este caso es en beneficio de los intereses del usuario, la falta de seguridad jurídica afecta a la postre a todas las partes.

Un sector de la doctrina rechaza la decisión de la APB y del TS pues consideran que no es adecuado comparar la doctrina del *fair use* con los *ius usus inocui*. La regla de los tres pasos no es un nuevo límite genérico, sino una restricción a la hora de interpretar los mismos:

“...Y ello aunque recientes pronunciamientos judiciales, en particular (la sentencia del Supremo en el caso *Google*), se apoyen en la idea del “uso inocuo” para salvar la licitud de ciertas utilizaciones ilícitas de obras protegidas, e introduzcan una cierta ambigüedad en este punto” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:109).

Nos parece que las decisiones en este asunto son una simplificación al extremo de una doctrina tan compleja como la del *fair use*. No podemos evitar preguntarnos incluso si la misma no



se ha aplicado de manera un tanto frívola y lo decimos por los mismos motivos antes argumentados, pues aunque se mencionan los cuatro factores, no nos parece que se hayan explicado y fundamentado con adecuada profundidad en las sentencias a las que nos hemos referido.

### **5.2.3 Interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

Como tarde o temprano tenía que suceder, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado ya sobre la regla de los tres pasos. La decisión más importante de todas es la del caso conocido como *Infopaq* (que resuelve cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal de Dinamarca (Højestered). *Infopaq* en realidad concierne a dos resoluciones: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-5/08, *Infopaq International A/S vs. Danske Dagblades Forening*, de 16 de julio de 2009; y Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala tercera), en el asunto C-302/10 de 17 de enero de 2012.

Las resoluciones versan sobre cuestiones prejudiciales que giraban en torno a la definición de los conceptos de "reproducción" y "reproducción parcial" respecto de obras literarias y artísticas, y más específicamente sobre la reproducción provisional y transitoria de extractos breves, en concreto once palabras, de artículos de prensa; por lo que se refiere a los artículos 2 y 5, apartados 1 y 5, de la Directiva 2001/29/CE.

*Infopaq* es una empresa danesa dedicada a escanear artículos de prensa para introducirlos en una base de datos. Sus clientes proporcionan una serie de palabras clave para monitorizar e *Infopaq* les envía resúmenes de prensa en los que aparece la palabra clave más otras diez palabras relacionadas con dicha palabra clave. *Danske Dagblades Forening*, por su parte es una asociación que vela por los intereses de la prensa escrita de Dinamarca y consideraba que *Infopaq* debía solicitar autorización de los titulares de derechos sobre los artículos de prensa para reproducir fragmentos de los mismos. *Infopaq* no estuvo de acuerdo y llevó el caso a los tribunales para que se le reconociera el derecho a realizar su actividad.

En concreto, las partes no se pusieron de acuerdo acerca de la posibilidad de calificar las actividades realizadas por *Infopaq* como actividades de reproducción y acerca de si el conjunto de actividades controvertidas en el litigio principal podían ser consideradas excepciones al derecho de autor.

Eventualmente, se llegó a la apelación cuando los tribunales daneses no dieron la razón a *Infopaq* y fue a partir de ahí que se plantearon las cuestiones prejudiciales a las que nos hemos referido al TJUE.

Después de analizar el caso, el Tribunal de la Unión Europea llegó a la conclusión de que las partes de una obra "están protegidas por los derechos de autor dado que participan de la originalidad del conjunto de la obra" (Considerando 38 de la STJUE de 16 de julio de 2009); y que la protección conferida por el artículo 2 de la Directiva 2001/29 "debe entenderse en sentido amplio" (Considerando 43 de la STJUE de 16 de julio de 2009).

Debido a lo anterior:

"...no puede descartarse que determinadas frases sueltas o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor" (Considerando 47 de la STJUE de 16 de julio de 2009).

En base a lo anterior, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"un extracto de una obra protegida por el derecho de autor, concretamente un total de once palabras consecutivas (la palabra clave y diez más en este asunto), será una reproducción parcial en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2001/29 si el citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor, lo cual corresponde verificar al tribunal remitente" (Considerando 48 de la STJUE de 16 de julio de 2009);

Y por lo tanto:

"una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida formado por once

palabras constituye una reproducción parcial... si... expresa la creación intelectual de su autor" (Considerando 51 de la STJUE de 16 de julio de 2009).

La primera parte de la sentencia establece un rasero muy bajo a la hora de juzgar la originalidad de una obra. Recordemos que la sentencia requiere que el derecho de reproducción debe de interpretarse en sentido amplio y en base a esto puede ser que frases sueltas o elementos de las mismas puedan ser consideradas como obras protegidas. Este es un criterio que puede ser utilizado de forma "peligrosa", sobre todo en relación con las tecnologías en Internet.

Para Griffiths (2011:3) la decisión del Tribunal de Justicia prácticamente anula cualquier posibilidad de que un uso no autorizado pueda ser considerado *de minimis* y por lo tanto se abre la puerta para que el uso de cualquier pequeño fragmento sea considerado como una infracción al derecho de autor.

Pensemos por un minuto en lo que un rasero tan bajo puede significar para el funcionamiento de sitios como *Twitter* o el buscador de *Google* al que ya nos hemos referido, si las frases cortas pueden ser protegidas de manera individual. En consecuencia, pensemos en los efectos que un criterio como este puede tener sobre la libre circulación de la información y también sobre la libertad de expresión.

Generalmente, ante una aplicación tan amplia y rigurosa del criterio de originalidad y ante una extensión tan grande de la protección otorgada por la legislación del derecho de autor opondríamos las disposiciones relativas a los límites y excepciones.

Si obras tan breves o fragmentos tan pequeños no pueden ser utilizados sin autorización, siempre podremos ampararnos en la cita o en el límite de ilustración a la enseñanza para poder utilizar dichas obras breves o fragmentos, ¿no? Para el máximo Tribunal europeo no parece ser este el caso pues además, la sentencia se pronuncia sobre la forma en que deben aplicarse los límites al derecho de autor y establece que debe de ser en forma restrictiva.

El TJUE interpreta el art. 5.1 de la Directiva, que establece la excepción para actos de reproducción provisionales, de manera restrictiva y extiende esta visión a todos los límites al derecho de autor al considerarlos "una excepción a un principio general establecido... (por la Directiva)" y que por lo tanto) "...se han de interpretar restrictivamente" (Considerando 56 de la STJUE, de 16 de julio de 2009).

Posteriormente, la sentencia establece además los límites deben "interpretarse a la luz" (de la regla de los tres pasos) por lo que así, se instituye un criterio por el cual la regla de los tres pasos debe de ser utilizada por los jueces y tribunales nacionales para verificar que efectivamente los límites se apliquen de manera restrictiva.

Como dijimos, si la protección es amplia y flexible para el autor, considerando casi cualquier cosa como una obra y por lo tanto otorgando derechos exclusivos incluso a frases sueltas, lo normal sería que los límites también fueran interpretados de manera amplia y flexible cuando sea necesario por ejemplo, proteger derechos fundamentales o fomentar el desarrollo tecnológico (Griffiths, 2010:88), pero tristemente, no es el caso pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece opinar lo contrario.

La sentencia en el asunto *Infopaq* es pues, la confirmación de que mientras que la protección debe de ser tan amplia y flexible como sea posible y debe ampliarse en consecuencia para proteger también ante nuevas posibilidades de uso de obras en nuevos mercados y debido a los avances tecnológicos, los límites y excepciones deben de ser definidos estrictamente e interpretados restrictivamente (Sentfleben, 2010a:525).

El criterio del Tribunal parece desmontar cualquier posibilidad de que la regla de los tres pasos pueda aplicarse de tal forma que otorgue una flexibilidad parecida a la que puede ser posible bajo la doctrina del *fair use*. De hecho, parece confirmar el hecho de que la regla de los tres pasos

solo sirve para restringir aún más la lista exhaustiva de límites dispuestos en la Directiva Infosoc (Ibíd.:529).

La interpretación restrictiva de los límites a nivel europeo es un error pues se basa en una aplicación de la regla de los tres pasos por fuera de su ámbito y además roba a los tribunales de la posibilidad de interpretar los límites de manera flexible para hacer frente al desarrollo económico y tecnológico (Griffiths, 2011:4). Esta crítica no es nueva. Ya hemos apuntado lo mismo sobre interpretaciones restrictivas de la regla de los tres pasos en los tribunales europeos, y también a nivel internacional. Los criterios restrictivos sobre límites y sobre la regla de los tres pasos roban al juez de toda posibilidad de flexibilidad y adaptación lo que resulta en el eterno rezago e inhabilidad de la legislación para mantener el paso al desarrollo de nuestra sociedad.

En consecuencia, la otra crítica que hemos esgrimido contra toda interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor también es aplicable. Con interpretaciones restrictivas para unos, pero flexibles para otros, no se hace un adecuado balance de intereses e incluso se pueden llegar a desproteger ciertas libertades individuales que incluso deben considerarse por encima de derechos meramente económicos (Griffiths, 2010:88).

Recordemos que la justificación para la existencia de ciertos límites es la protección del interés general y de los derechos fundamentales, tal es el caso de los límites de cita e ilustración de la enseñanza e investigación científica, que guardan relación con la libertad de expresión, el acceso a la información, el acceso a la cultura y la participación de la sociedad en la vida cultural y científica así como el avance de las artes y las ciencias que son además, finalidades perseguidas por el mismo autor.

#### **5.2.4 Sobre el estado de la regla de los tres pasos en Europa.**

Resulta claro después del análisis de doctrina, interpretación jurisprudencial y aplicación de la regla de los tres pasos tanto a nivel de Unión Europea en general como de varios Estados

miembros que la misma presenta varios problemas, muy similares a los que hemos identificado en su aplicación a nivel internacional, aunque algunos problemas adicionales parecen haber aparecido cuando la misma se adoptó dentro del *acquis communautaire*.

En primer lugar, parece que durante el proceso de armonización del derecho de autor de la Unión Europea se presentó la duda de si la regla iba dirigida solamente al legislador nacional o también a los jueces y tribunales de los distintos Estados miembros. Esto generó que algunos de ellos decidieran que solo iba dirigido al legislador a la hora de adoptar límites y por lo tanto no la incorporaron en sus ordenamientos.

Otros, por contra, decidieron adoptar la misma en sus ordenamientos internos, imponiendo así un criterio de interpretación de los límites por vía judicial, y algunos Estados más, a pesar de no introducir la regla en el ordenamiento interno, la han invocado como aparece en la Directiva, o en el Convenio de Berna, a la hora de interpretar los límites al derecho de autor. Desde un principio, la meta de armonización del legislador europeo se veía comprometida desde un principio.

Entre los países que decidieron aplicar la regla en su derecho interno tampoco existe uniformidad en cuanto a si la regla se debe de aplicar de manera flexible o restrictiva y hemos analizado varios asuntos en los que se ha optado por una interpretación u otra. En la adopción de cualquiera de los dos criterios, flexible o inflexible, hemos identificado un problema en común: la falta de seguridad jurídica.

Cuando la regla fue interpretada de manera restrictiva, se decidió que la misma podía servir para invalidar un límite al derecho de autor, sobre todo al intentar aplicarlo a usos en nuevos mercados o permitidos por los avances tecnológicos, particularmente medios digitales y online. Esto genera inseguridad jurídica para el usuario pues no hay manera de saber si un uso está amparado, y se está a merced de la interpretación judicial lo cual puede desincentivar cualquier uso no autorizado aunque en principio pueda estar amparado en un límite establecido en el ordenamiento interno. El

problema afecta principalmente al usuario pues recordemos que la misma Directiva Infosoc no parece permitir que se adopten más límites de los ahí contenidos, pero sí que los mismos se restrinjan aún más en las legislaciones nacionales.

Otro problema que se presenta con las interpretaciones restrictivas, es que no se han definido adecuadamente cada uno de los pasos, por lo que la incertidumbre jurídica persiste. Además, se “hereda” un problema de la interpretación del Panel de la OMC: los pasos se interpretan de manera cumulativa. De esta manera, se mayor peso al segundo paso, un criterio absolutamente económico y no se permite el sopesar adecuadamente la protección de libertades fundamentales y el interés general.

En los casos que hemos visto, cuando se ha desechado un límite por no ajustarse a la regla de los tres pasos, se ha hecho fundamentalmente porque se afecta a la explotación normal de la obra y ya no se ha tomado en cuenta si había alguna causa superior a intereses meramente económicos, como pueden ser la libertad de expresión o la libre circulación de información, para justificar un perjuicio a los intereses legítimos del autor o tenedor de los derechos exclusivos.

Cuando la regla ha sido interpreta de manera flexible el problema de la inseguridad jurídica se ha presentado principalmente porque los tribunales (como en el caso de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Supremo español) no han elaborado sobre el significado de los pasos de la regla, que tampoco están definidos con claridad en los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales.

El problema probablemente tenga origen en la naturaleza de la regla en sí, que fue concebida a nivel internacional como un criterio únicamente dirigido al legislador, nunca como un criterio dirigido a los jueces, de ahí que su aplicación por interpretación judicial sea siempre problemática. En este caso, la inseguridad jurídica afecta tanto a usuarios como a autores y legítimos tenedores de derechos de autor y derechos conexos.

Respecto del problema de la falta de uniformidad en los criterios de si la regla de los tres pasos es una norma dirigida exclusivamente al legislador para dirigir su accionar a la hora de adoptar los límites a los derechos exclusivos en su ordenamiento interno o de si también es un criterio dirigido también al juez a la hora de interpretar los límites establecidos en su derecho interno, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se ha pronunciado.

Desafortunadamente, aunque parece inequívoco que el Tribunal ha decidido que a nivel europeo la regla de los tres pasos se dirige a los jueces, se hizo una interpretación restrictiva tanto de los límites como de la función de la misma regla. Lejos de zanjar la cuestión y acercarse más a la meta de la armonización del derecho de autor dentro de la Unión Europea, lo que ha hecho es generalizar los problemas de inseguridad jurídica y falta del balance de intereses que propicia la misma regla de los tres pasos.

En el asunto *Infopaq* resuelto por el TJUE, la falta de equilibrio en el balance de intereses no es propiciado por poner el acento únicamente en el segundo paso de la regla, sino que se presenta de manera más general. Debido al criterio del Tribunal se puede comparar a la regla con un virus que propaga una epidemia que causa la interpretación inflexible y restrictiva de todo límite al derecho de autor mientras que permite una aplicación amplia y flexible de la protección para el autor. El resultado es la desprotección del interés general y las libertades fundamentales, que deberían protegerse a través de los límites al derecho de autor.

Lo anterior roba a la regla de los tres pasos de todas sus características positivas, como la posibilidad de ser un instrumento que permita flexibilidad en la aplicación de los límites al derecho de autor sobre todo al aplicarlos cuando los usos de las obras protegidas se hacen con la ayuda de las nuevas tecnologías en Internet.



El panorama de la Directiva a nivel europeo no es muy alentador, y la regla de los tres pasos en realidad es un obstáculo que los límites al derecho de autor ya contenidos en la legislación deben de intentar salvar.

### **5.3 La regla de los tres pasos en la legislación española.**

#### **5.3.1 La regla de los tres pasos a nivel internacional y su relación con la LPI.**

Según nuestro análisis en los Tratados Internacionales, la regla de los tres pasos presenta ciertas deficiencias que deben de ser solventadas, especialmente en lo que respecta a la interpretación restrictiva y aplicación cumulativa de la misma, que hace que el paso más relevante sea el segundo, que solo entra a valorar aspectos económicos y deja de lado cualquier otro, como la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Reiteramos que una interpretación más flexible, alejada de lo dictado por el panel es necesaria para poder lograr un sistema de límites al derecho de autor que sea más equilibrado respecto de los intereses de todas las partes involucradas.

Pese a lo anterior, lo cierto es que precisamente, la interpretación más restrictiva de la regla de los tres pasos es también la más aceptada a nivel internacional, y proviene de una resolución de un Panel de la OMC. Esto hace necesario que analicemos la LPI, o cualquier propuesta para reformarla a la luz de dicha concepción, hoy vigente.

Esto es porque la regla de los tres pasos (contenida en el art. 9 del Convenio de Berna) constriñe el actuar de todo legislador nacional, incluido el legislador español.

El Tribunal Supremo así lo reconoce y considera que en España:

“(la regla)... no es sino una pauta que indica a los Estados firmantes que podrán introducir límites... siempre y cuando cumplan con los tres pasos de la regla.” Según la misma sentencia, esto “... obliga a los Estados a limitar las excepciones a “casos especiales”, evitando aplicarlas en daño de <intereses legítimos> de los titulares de derechos o de la explotación normal de las obras y prestaciones.” (STS 4505/2007, de 8 de junio de 2007).

Como ya hemos visto, el Acuerdo ADPIC y los Tratados de la OMPI amplían la influencia de la regla de los tres pasos a todos los derechos exclusivos reconocidos en los Tratados Internacionales. Por lo tanto, todo lo que hemos dicho respecto de la regla de los tres pasos es de aplicación para todo lo que se discutirá en el presente apartado.

Además de lo dicho por el Supremo, a nivel europeo ciertos países, entre ellos España, han adoptado la regla de los tres pasos en sus ordenamientos internos, y la utilizan también como un criterio a la hora de aplicar los límites al derecho de autor.

Todo esto significa que será necesario analizar nuestras propuestas de *lege ferenda*, que hemos mencionado en el capítulo anterior y que presentaremos al final de este capítulo, de acuerdo con la regla de los tres pasos y sus criterios. Será necesario decidir entonces si la regla de los tres pasos, y la interpretación restrictiva vigente, que proviene del derecho internacional, nos permitirá adoptar o no límites redactados en los términos que proponemos al final de presente capítulo.

### **5.3.2 La regla de los tres pasos en el ámbito europeo y su relación con la LPI.**

La Directiva Infosoc ha hecho suyos los mismos problemas que se presentan con la regla de los tres pasos, pues la misma es considerada como el instrumento que supone la expansión más importante y horizontal de la regla de los tres pasos (Griffiths, 2009:2). El Considerando (44) de la Directiva somete la aplicación de las limitaciones previstas en la misma a lo dispuesto en los Tratados Internacionales y expresa la voluntad de hacer una interpretación restrictiva de la misma regla, sobre todo al aplicar los límites en el ámbito digital y online.

A nivel europeo, España está entre el grupo de países que ha considerado que la regla de los tres pasos es una regla directamente aplicable dentro de la legislación local del derecho de autor, por lo que se ha convertido en un criterio a la hora de interpretar y aplicar los límites contenidos en la legislación nacional, y la misma regla ha sido adoptada dentro del articulado de la Ley de Propiedad Intelectual.

El derecho español introduce la regla de los tres pasos en el art. 40**bis** de la LPI, expresando que en base a lo dispuesto en el artículo deberán interpretarse todos los límites contenidos en el capítulo II de la LPI (art. 31 al 40). Esto sin perjuicio de que se entienda que a nivel internacional, la regla de los tres pasos constriñe el actuar del legislador español en cuanto a la adopción de nuevos límites.

Lo anterior significa que deberá considerarse que nuestras propuestas de *lege ferenda*, de ser adoptadas en la legislación nacional, tendrán que ser sometidas al escrutinio de la regla de los tres pasos como aparece en la LPI, asumiendo que el art. 40**bis** siguiera vigente en dicho momento.

Analicemos ahora la regla de los tres pasos como está contenida en la LPI española.

### **5.3.3 El art. 40**bis** LPI: la regla de los tres pasos en España.**

En España, como ya hemos dicho, se entiende que la regla de los tres pasos debe de introducirse al ordenamiento nacional y efectivamente así se ha hecho en el artículo 40 *bis* LPI que a la letra dice:

*“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran.”*

El artículo es claro respecto de su intención de aplicar la regla de los tres pasos a la interpretación de los límites al derecho de autor contenidos en su capítulo II y no busca ser un “límite abierto” o “genérico” que sirva para estudiar aquellos casos que no encajan en los límites específicos contenidos en la legislación. Desde la doctrina española se suele considerar: “no se trata de un nuevo límite genérico que pueda servir para abrir la lista cerrada de límites de nuestra LPI. Todo lo contrario. Se trata de una restricción de los mismos a la hora de interpretarlos” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:9).

En lo que respecta a la interpretación judicial de la regla de los tres pasos en el Derecho interno de España, hemos analizado un ejemplo de interpretación flexible que se ha presentado en los

Tribunales españoles, el llamado caso *Google*. Se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que hemos calificado de *sui generis*.

Como decíamos, estamos de acuerdo con una parte importante de la sentencia en la que se reconoce que los derechos de propiedad intelectual no son absolutos y que es necesario limitarlos para proteger el interés general. Sin embargo, también existe una parte criticable de la misma: parece entender que la regla de los tres pasos es un nuevo límite general, lo cual no se corresponde con ninguna interpretación vigente de la misma regla. Esto, junto con la aparente aplicación del *fair use* norteamericano a un sistema jurídico totalmente ajeno como es el español. Por ello desde la doctrina se ha llamado a esta sentencia como “extremadamente liberal.”

El Tribunal Supremo, al confirmar dicha sentencia, precisó que su razonamiento no podía suponer la creación, por vía judicial, de una nueva excepción legal. Además, el mismo Tribunal consideró que en ningún caso se estaba aplicando la doctrina del *fair use* en el ordenamiento nacional, sino que simplemente se comparaba a este con el *ius usus inocui*. El análisis más detallado de esta sentencia ya lo hemos hecho en el apartado. 5.2 por lo que no lo repetiremos ahora mismo.

Pero, además del caso *Google*, existen otros casos en los que se ha analizado la regla de los tres pasos dentro del ordenamiento jurídico español.

Citábamos anteriormente una sentencia del Tribunal Supremo (STS 4505/2007, de 8 de junio de 2007). En la misma se establece que:

“...en materia de propiedad intelectual rige el principio o regla general de tener que pedir permiso al titular de un derecho de autor para (poder realizar actos de explotación sobre) su obra. La excepción a esta regla general solo puede venir dada por los límites que la Ley establece con claridad, límites que han de ser lógicamente interpretados de manera restrictiva en consonancia con la naturaleza de la norma (art. 4.2. CC)...” (y que la regla de los tres pasos)... “...ha de presidir la interpretación de cualquier límite a cualquier derecho de autor. El texto refundido de la Vigente Ley de Propiedad Intelectual... incluye dicha previsión en su artículo 40*bis*.”

Se evidencia la voluntad de interpretar restrictivamente a los límites al derecho de autor, como excepción a la regla general de protección absoluta al autor. El Tribunal entiende que la regla de los tres pasos es un instrumento para asegurar que los límites se apliquen de manera restrictiva.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de la APM 1146/2007, de 6 de julio de 2007) se refiere a la aplicación de la regla de los tres pasos a los límites del Derecho español, específicamente con respecto al artículo 32 LPI. Al igual que la sentencia del Supremo, la APM entiende que dicha regla obliga a una interpretación restrictiva de los límites:

"... aunque la demandada consiguiera superar (el filtro de los requisitos del art. 32.1 LPI) todavía habría que considerar el art. 40 bis de la LPI (que) establece otro obstáculo adicional, cual es que los preceptos relativos a los límites de los derechos de explotación de la propiedad intelectual - establecidos en los arts. 31 a 40 LPI - no podrán interpretarse de tal manera que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obra a que se refieren. Lo que desde luego pugnaría con un entendimiento excesivamente amplio de la limitación a que se refería el art. 32.2 de la LPI."

Se interpreta que la regla de los tres pasos requiere que los límites en general, en este caso particular el límite de cita, deben de ser interpretados de una manera restrictiva, que no sea "excesivamente amplia". Esto es consistente con otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de la APM ROJ: 2170/2007, de 26 de febrero de 2007), ya citada en el capítulo 4 cuando analizamos el límite de cita en la LPI, y que establece que uno de los elementos del límite de cita es su interpretación restrictiva.

Es de destacar que la redacción del art. 40*bis* LPI omite el primer paso de la regla, pues se considera que dicho paso está cumplido ya, pues el contenido de los arts. 31 a 40 son esos determinados casos especiales en que deben limitarse los derechos exclusivos del autor.

Algo que no hemos visto resaltado en la doctrina es el hecho de que la redacción de la regla en la LPI invierte el orden de los pasos segundo y tercero de la regla. Algo que no se ha destacado en la doctrina es que la redacción de la regla de los tres pasos en el derecho español invierte los pasos

segundo y tercero de la regla. En los instrumentos internacionales (Convenio de Berna, Acuerdo ADPIC o Tratados de la OMPI) y en la Directiva Infosoc, se suele hablar en primer lugar de la necesidad de que los límites se apliquen en determinados casos concretos que 1) no entren en conflicto o no afecten a la explotación normal de la obra y 2) que no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del autor o del titular del derecho.

Mientras tanto, en el ordenamiento jurídico español se habla 1) de la necesidad de no interpretar los límites de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y 2) que no se vaya en detrimento de la explotación normal de las obras.

Esto no sería más que un caso de “el orden de los factores no altera el producto” si no fuera porque la interpretación internacional de la regla de los tres pasos, según el panel de la OMC, dicta que los pasos de la regla deben interpretarse de manera cumulativa, es decir, si no se cumple el primer paso, el límite no puede adoptarse o ser válido y no hace falta analizar los demás pasos. Lo mismo sucede si no se cumple con el segundo, no será necesario entrar a analizar el tercero.

Criticábamos esta interpretación cumulativa pues al ser el segundo paso, a nivel internacional, el análisis de la afectación a la explotación normal de la obra, antes que analizar el impacto de un límite sobre cualquier derecho fundamental o el interés general, se valoraban aspectos puramente económicos a la hora de determinar la validez o no de un límite.

Pero si en el caso español, los pasos dos y tres se disponen de manera opuesta, ¿Quiere decir esto que primero debe de interpretarse si el límite causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor antes que valorar si se afecta a la explotación normal de la obra? Por lo tanto, ¿Quiere decir esto que se debe valorar si algún interés superior, como las libertades fundamentales o el interés general justifica la aplicación de un límite y solo después se deben valorar las consecuencias económicas para el autor y su obra que tiene un límite?

Cuando se invierten los pasos segundo y tercero se obliga a que la interpretación de un límite se haga primero tomando en cuenta si existe alguna causa que justifique un perjuicio a los intereses legítimos del autor, como puede ser la protección de un derecho fundamental como la libertad de expresión por ejemplo, y solo después de determinar que dicho perjuicio al autor está efectivamente justificado, entraríamos a valorar si el límite afecta a la explotación normal de la obra o no.

Además, analizar un límite en estos términos permitiría, por ejemplo, la adopción de una compensación equitativa al autor, para limitar o minimizar el perjuicio que se le causa, lo que se corresponde con la interpretación flexible de la regla que hizo el tribunal alemán al que nos hemos referido.

Pese a lo anterior, y a los efectos positivos que puede tener la redacción de la regla de los tres pasos en la LPI, no parece que esto haya llamado la atención de la doctrina o de la jurisprudencia. En todo caso, hay que existir ya sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretan a la regla de los tres pasos de una forma restrictiva que no se ajustaría con la que estamos proponiendo. Quizás sea este el motivo por el que hasta ahora se ha prestado poca atención a este aspecto de la redacción del 40 *bis* de la LPI.

Deseamos apuntar brevemente, que preferiríamos que la tendencia fuera hacia una interpretación más flexible en cuanto a todos los límites en general. Como dice Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:97) el que los límites deban interpretarse restrictivamente:

...“es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el «Derecho de la Información» el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información.”

Por el contrario, si no podemos esperar que los Tribunales españoles hagan una interpretación menos restrictiva de la regla de los tres pasos, y por lo tanto de los límites contenidos en la legislación, quizás la solución sea sugerir enmendar la LPI actual para suprimir la regla de los tres

pasos de su articulado. Después de todo, la regla de los tres pasos solía ser entendida como un criterio únicamente dirigido al legislador, una simple guía para saber la forma en que los límites al derecho de autor podían ser adoptados en su legislación nacional. Hemos criticado la vaguedad en la definición de cada uno de los pasos de la regla, y como se dice desde la doctrina, quizás esto se deba a que en principio, no existía intención alguna de que la misma fuera adoptada en los ordenamientos nacionales.

En base a lo anterior podríamos argumentar que la regla de los tres pasos debería de suprimirse de la parte de la LPI que regula los límites al derecho de autor (art. 31 y ss.) y que en todo caso, de subsistir, debería reconocerse como un criterio dirigido al legislador, como un principio proveniente del Derecho internacional, y que está encaminado a limitar su accionar.

Por supuesto, esto no elimina la interpretación de la regla a nivel internacional, y el hecho de que su influencia restrictiva afecta a la manera en que los ciudadanos pueden gozar de los beneficios de límites a los derechos exclusivos del autor o del legítimo tenedor de los derechos.

Un verdadero cambio en ese sentido implicaría modificar los Tratados Internacionales para reconvertir la regla de los tres pasos en un instrumento que sirva para aportar flexibilidad tanto en la adopción como en la interpretación y aplicación de los límites al derecho de autor, pero el problema está en que modificar un Tratado Internacional es una tarea sumamente complicada, y sin duda un trabajo que podría tomar décadas. En el siguiente capítulo, analizando propuestas alternativas a la regla de los tres pasos, damos buena cuenta de por qué pretender modificar los Tratados Internacionales en vigor simplemente no sería viable, por lo menos no al corto o mediano plazo.

Mientras tanto, queda trabajar desde la doctrina para proponer que interpretaciones menos restrictivas de la regla sean las que prevalezcan, pero como hemos visto, tanto a nivel internacional, como europeo o español, es la otra tendencia la que, en general, prevalece en las interpretaciones de la regla de los tres pasos. Ello no quiere decir que no debamos seguir intentándolo, pero puede ser un



indicador de que quizás haya que buscar otros caminos que lleven a verdaderas soluciones, y con un resultado más fácil de predecir que las interpretaciones en jurisprudencia.

Por lo menos, a corto o mediano plazo, la regla de los tres pasos se interpondrá entre una interpretación menos restrictiva de los límites previstos en las legislaciones de los países. Dicho problema se ve acrecentado en legislaciones como la española, que ha adoptado redacciones altamente restrictivas de sus límites. Caso especial son los de cita e ilustración de la enseñanza, a los que hemos escogido referirnos particularmente, establecidos en términos muy restrictivos en la LPI española.

A la luz de cómo están previstos en la LPI, los límites de cita o de ilustración de la enseñanza no necesitan de la regla de los tres pasos para ser demasiado restrictivos. Ya lo son.

Al mismo tiempo, si no podemos deshacernos de la influencia restrictiva de la regla de los tres pasos, por lo menos podemos intentar proponer redacciones alternativas al art. 32 LPI que doten a los ciudadanos españoles de límites de cita e ilustración de la enseñanza menos restrictivos que los actuales, aún si las propuestas de *lege ferenda* aún tienen que adaptarse a las restricciones de la regla de los tres pasos.

A continuación se puede encontrar nuestra propuesta de nueva redacción a dichos artículos y en dicho apartado analizamos cómo los mismos pueden sobrevivir al escrutinio de la regla de los tres pasos que haría posible su adopción. Al mismo tiempo, tomaremos en cuenta todo lo dicho en el capítulo anterior para justificar por qué se ha elegido la redacción presentada.

Esperamos que una redacción que busca mayores flexibilidades, efectivamente las procure, aún si para aplicarse tiene que sobrevivir a la “camisa de fuerza” que supone la regla de los tres pasos.

#### **5.4 Análisis de una propuesta de *lege ferenda* sobre el primer párrafo del artículo 32.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto**

**refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (límite de cita).**

Deseamos dejar claro que, como ya hemos expuesto en el capítulo primero, mencionado en los siguientes capítulos y pretendemos exponer con más detalle en el capítulo siguiente, consideramos necesaria una reforma más profunda de todo el sistema del derecho de autor y no solo de artículos específicos en la legislación.

La elaboración de esta tesis, y el estudio de ciertos límites específicos que competen a las actividades educativas y la investigación en el contexto universitario, nos ha dejado claro que la única forma de realmente impactar positivamente a los límites destinados a estas actividades es esa reforma integral de la que hablamos.

Sin embargo, al ser conscientes de que una reforma más integral llevará demasiado tiempo, hemos considerado positivo presentar propuestas de *lege ferenda* concretas. Es cierto que cualquier modificación en la legislación llevará tiempo, por más sencilla que sea. Además, nada garantiza que nuestra propuesta sea tomada en cuenta, pero por lo menos, esperamos que pueda servir de modelo para otras propuestas similares en el mismo sentido, es decir, que busquen que los límites al derecho de autor sean más flexibles, y permitan la defensa de los derechos fundamentales de todas las partes en general, y de los usuarios en particular.

Hacemos una primera propuesta de *lege ferenda* que recae específicamente sobre el párrafo primero del art. 32.1 LPI, pues creemos que estos cambios, que están dentro del rango de acción permitido por la legislación internacional vigente (Convenio de Berna, Tratados del derecho de autor de la OMPI y Directiva 2001/29/CE) tendrán un impacto positivo tanto para garantizar el que la cita sirva adecuadamente para coadyuvar tanto a las actividades educativas en las aulas como a la investigación, como para garantizar y proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información y el acceso a la cultura. En resumidas cuentas, nuestra

propuesta contribuye a resolver los problemas que durante el capítulo 4 y parte de este capítulo hemos identificado respecto del límite de cita en el derecho español.

Nuestra propuesta de reforma al párrafo primero del art. 32.1 LPI es que el mismo se modifique para quedar redactado como sigue:

*“Art. 32.1. Es lícita la utilización de cualquier obra a título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico, cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material, siempre que se haga a partir de obras puestas lícitamente a disposición del público salvo que no pueda comprobarse que lo han sido, siempre que se haga en la medida justificada por el fin perseguido, se haga buen uso de la obra citada y siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra. En todo caso será necesario mencionar la fuente y el nombre del autor, cuando esto sea posible.”*

La siguiente tabla permite comparar nuestra propuesta con el límite del 32.1 en su redacción actual:

Propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el 32.1 LPI	Redacción vigente del 32.1 LPI
<i>Es lícita la utilización de cualquier obra a título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico, cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material, siempre que se haga a partir de obras puestas lícitamente a disposición del público salvo que no pueda comprobarse que lo han sido, siempre que se haga en la medida justificada por el fin perseguido, se haga buen uso de la obra citada y siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra. En todo caso será necesario mencionar la fuente y el nombre del autor, cuando esto sea posible.</i>	<i>Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.</i>

Tabla 5.1 (Fuente: elaboración propia).

A continuación analizamos cada uno de los elementos importantes de nuestra propuesta. Hemos identificado a cada uno con un color diferente para facilitar nuestro análisis.

#### 5.4.1 *Es lícita la utilización*

Al hablar de utilización, lo que pretendemos es dejar la puerta abierta a que cualquier modalidad de explotación de la obra reconocido en la legislación pueda verse afectado por el límite de cita. En el contexto de la LPI y de la Directiva Infosoc esto implicaría los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública (y puesta a disposición del público) y distribución.

Se debe entender que el derecho de transformación también debe de verse afectado. Existe el precedente de la traducción, permitida por la cita en el Convenio de Berna, que estaría incluida. Sin embargo, también consideramos que otras transformaciones necesarias para que por ejemplo, una obra escrita pueda aparecer en una obra audiovisual, o para que una obra en formato análogo pueda ser digitalizada y utilizada en una obra multimedia y en el ámbito online, lo que además implicará que por lo menos la reproducción y la comunicación pública también sean derechos exclusivos exentos en virtud del límite de cita. Esto también debe incluir esas modificaciones a las citas, que por ejemplo en vía de paráfrasis, sean incorporadas a las obras nuevas.

Cualquier modificación considerada necesaria para poder utilizar una obra, siempre que esto no implique la vulneración de la integridad de la obra que ha sido utilizada amparándose en el límite contenido en el artículo.

Entonces, la clave en la frase “es lícita la utilización...” es el silencio que guarda el artículo y que debe entenderse como que incluye cualquier modalidad de explotación de la obra.

#### **5.4.2 *Cualquier obra***

Esto implica que pueda utilizarse cualquier tipo de obra, siempre que se cumplan con el resto de las condiciones establecidas en el artículo: que se haga a título de cita o cualquier otra finalidad análoga a las mencionadas, que se trate de obras a las que se ha tenido acceso legal, se cite la fuente y se haga en la medida justificada por la finalidad perseguida, siempre haciendo buen uso de las citas.

Cualquier tipo de obra, en el contexto de la LPI, implica remitirse al artículo 10 de la misma y entender que se trata de toda creación original literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. La lista de obras, de carácter orientativo, contenida en los incisos a) a i) de dicho artículo 10 deberá cumplir la misma función en lo que respecta al artículo 32.1 que proponemos.

Al hablar de obras, sin matices, implica que pueda utilizarse cualquier tipo de obra sea en formato análogo o digital y sin distinción respecto del tipo de tecnología necesaria tanto para crearla como para darla a conocer al público.

Respecto de cuál puede ser la extensión máxima de este uso, debemos interpretar el silencio del que hacemos uso para entender que no se limita a fragmentos o determinada extensión según el tipo de obra de la que se trata. Debe de entenderse que la limitación de la extensión debe juzgarse en esa medida justificada por el fin perseguido y el “candado” que hemos puesto, respecto de que no debe de haber una reproducción encubierta de la obra, que alude al centro de gravedad de Bercovitz, del que hemos hablado.

#### **5.4.3 *A título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico, cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material***

La condición finalista que la frase impone es lo que distinguirá a este límite de otros límites establecidos en la LPI. Por supuesto, está el hecho de que se trate de que la utilización de cualquier obra deba de hacerse como una cita y no por ejemplo, como una copia privada, o para su uso con personas con discapacidad o cualquier otro.

Hemos de decir que pudimos haber seguido la fórmula del Convenio de Berna, que habla de que pueden realizarse citas sin mencionar una sola finalidad aparte. Sin embargo, hemos querido adoptar la frase “*a título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico,*

*cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material*” que debe entenderse de manera enunciativa pero no limitativa.

Las finalidades que mencionamos tienen un valor puramente orientativo a la hora de interpretar la Ley y sobre todo a la hora de que sea aplicada por jueces y tribunales en los casos en que resulten conflictivos. Además, el art. 5.3. d) de la Directiva Infosoc está redactado en términos similares y el que se impongan varias finalidades para la cita, a modo de ejemplo, ha tenido buenos resultados, y en general, se ha interpretado que cualquier finalidad similar está permitida para justificar el uso de una cita.

Al analizar dicho art. 5.3.d) en el capítulo 4, hemos encontrado que tanto la doctrina como la mayoría de la jurisprudencia opinan que se trata de ejemplos orientativos que permiten identificar con mayor facilidad cuándo se está citando una obra. En general, parece que también la mayoría de los tribunales de los países europeos han interpretado esto de manera flexible.

El que la obra se haga a título de cita puede remitirnos primero, a la necesidad de que la obra citada sea incluida en obra nueva. Esto no debe de ser impedimento para que el uso sea solamente incidental, por ejemplo, un breve texto al principio de un libro o de un capítulo del mismo, o para ese “efecto artístico” socialmente aceptado, pues efectivamente se incluirá en obra nueva y de cualquier forma, este requerimiento implícito de toda cita, sirve para evitar esas reproducciones encubiertas de las que hablamos en otra parte de nuestra propuesta de redacción.

Pero además, para dejar claro que están permitidos otros usos como ese “efecto artístico” hemos añadido la frase *“inclusión incidental de una obra en otro material”* que deja claro que dichas utilizaciones están permitidas bajo el límite de cita. La misma frase sirve para reforzar el hecho de que para cualquier otro uso que pudiera quedar fuera, la doctrina *de minimis* podrá cubrir el vacío legal que nuestra propuesta deja.

Lo que esperamos es que nuestra propuesta de redacción sirva para invertir la tendencia de la LPI, en donde la actual redacción del artículo 32 deja fuera del amparo del límite de cita más usos de los que efectivamente permite.

Para otros casos, en los que el requerimiento de que se incorpore la cita en obra nueva impida amparar el uso en el límite de cita, es donde entrarán en juego otros límites como el de ilustración de la enseñanza, que aunque limita aún más la finalidad, y a los beneficiarios, deberá permitir una amplitud mayor de usos de obras en contextos que no implicarán necesariamente la inclusión en obra nueva, aunque por supuesto, nos encontraremos que en la mayoría de los casos, esta condición también se cumplirá.

Hemos evitado cualquier condición finalista que pueda limitar en manera alguna a los beneficiarios del límite de cita o dejar fuera a cualquier persona o colectivo pues como ya hemos expuesto, consideramos que por sus implicaciones para la libertad de expresión, debe de tratarse de un límite *erga omnes*. Debe entenderse que lo que no está prohibido está permitido y que el límite de cita puede ser utilizado plenamente en las actividades educativas, sean dentro o fuera de las aulas y para la investigación científica, que de todas maneras, en el imaginario social, es una de las finalidades más comunes para citar, el apoyar un argumento o tesis dentro de un trabajo académico.

#### **5.4.4 *Obras puestas lícitamente a disposición del público salvo que no pueda comprobarse que lo han sido***

Como se puede apreciar, proponemos que se cambie el término “divulgación”, que remite únicamente a los derechos morales, por el de obras puestas a disposición del público. Las implicaciones de utilizar uno u otro término ya las hemos comentado un poco antes. Principalmente, consideramos que es mejor prescindir del término “divulgación” puesto que el derecho moral al que hace referencia, la facultad de decidir sobre la divulgación de la obra, no es un derecho moral al que se haga alusión ni en el Convenio de Berna, los Tratados de la OMPI o la Directiva Infosoc.

Hemos optado por utilizar terminología más cercana a la Directiva mencionada pues por supuesto, el derecho español es más cercano a la legislación europea que con cualquier otra, por lo que nos parece apropiado, en aras de la armonización, que la terminología entre ambos sea similar.

Como ya hemos dicho, más allá de la terminología, el problema reside en que quien realiza una cita pueda saber con certeza si la obra que está utilizando ha sido o no puesta a disposición del público de manera legal. Respecto de las obras huérfanas, puede ser sumamente difícil para un usuario llegar a dicha certeza, y en Internet, es plausible que aún sin mala fe, un usuario utilice una obra a la que ha tenido acceso, pero que no necesariamente se haya puesto a disposición del público de manera legal.

Respecto de las obras huérfanas, que creemos deben de ser tratadas de manera diferente y este requisito no debe de ser exigido respecto de las mismas en la misma manera que solo se requiere citar fuente y autor cuando esto es posible. Entonces, para dar más garantías al autor que desea incorporar parte de una obra huérfana en obra propia, hemos añadido la frase “*salvo que no pueda comprobarse que lo han sido.*”

Como hemos expuesto en este mismo capítulo, existen múltiples instancias en que debido a las medidas de protección tecnológica, DRM's y acuerdos de licencia obligatorios, el usuario legítimo no tendrá manera de acceder legalmente a una obra o parte de ella. Pensemos por ejemplo, en querer citar un fragmento de una película en DVD o disponible en Netflix. A día de hoy esto no es posible sin vulnerar los términos de usuario y el acuerdo de licencia de un sitio web o sin saltarse las medidas tecnológicas de protección de un DVD.

Reconocemos entonces que nuestra propuesta no hace nada por ayudar a resolver este problema pero es que la otra opción, es decir, eliminar el requisito, tendría consecuencias negativas para los intereses legítimos del autor que sin duda deben de ser protegidos.



La solución a este problema en el acceso a las obras pasa por una reforma más profunda del sistema de derecho de autor, de las formas en que se controla el acceso a las obras, especialmente en formato digital y del sistema de límites en general.

**5.4.5 *Siempre que se haga en la medida justificada por el fin perseguido , se haga buen uso de la obra citada y siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra***

Esta condición es la que a la postre sirve, primero que nada, para limitar, en cada caso en particular cuál debe de ser la extensión de la cita. La fórmula proviene del Convenio de Berna en origen y también está presente en el art. 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE y permanece aquí por los mismos motivos.

Hemos querido reforzar esta finalidad con la adición de la frase “siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra” que implica que esa finalidad de la cita, que puede ser la crítica, el comentario, la ilustración o cualquier otra, debe de ser clara y aparente y que además el peso de la obra debe de recaer en la nueva aportación hecha por quien cita y no solo por una acumulación de fragmentos o de obras completas de otros autores.

La frase sirve para reforzar el requisito de hacer buen uso de la obra que se cita y que entendemos que debe interpretarse como la necesidad de que no exista mala fe en el uso de las citas, precisamente para que no existan reproducciones o vulneración de cualquier otro acto de manera encubierta, pero además obligando a que verdaderamente exista la intención de citar una obra y esto sea lo que justifique una afectación a los intereses legítimos del autor siempre y cuando no se afecte a la explotación de su obra.

Llamará la atención el que hayamos optado por esta frase, muy similar a la contenida en la Directiva Infosoc, y no la frase “usos honrados” que aparece en el art. 10 del Convenio de Berna. Esto es por evitar la confusión de los “usos honrados” con la doctrina del *fair use* que muchas veces,

al querer interpretar el límite de cita, se ha querido igualar, erróneamente, con la regla de los tres pasos.

#### **5.4.6 *Será necesario mencionar la fuente y el nombre del autor, cuando esto sea posible.***

No existe mucho cambio con respecto de la redacción actual del artículo 32 LPI y lo único que hemos añadido es la parte “cuando esto sea posible” que exime a quien cita de la obligación de nombrar fuente y nombre del autor cuando sencillamente no es posible obtener esta información. Esto ayudará a dar mayor seguridad jurídica a quien pretende citar a partir de una obra huérfana.

#### **5.4.7 Adecuación de la propuesta de *lege ferenda* sobre el límite de cita a la regla de los tres pasos**

Consideramos que esta propuesta de *lege ferenda* se ajusta con la concepción actual de la regla de los tres pasos por lo que su adopción en la legislación doméstica es posible.

La primera prueba de ello es que la nueva redacción del límite de cita que proponemos se basa en las redacciones contenidas en el mismo Convenio de Berna y la Directiva Infosoc.

El límite de adopción facultativa contenido en el art. 5.3.d) (límite de cita) de la Directiva se ajusta a la regla de los tres pasos y nuestra aportación propone que la legislación española se modifique para acercarse más a la redacción de dicho límite. Se proponen modificaciones al art. 32.1 para hacerlo más flexible e inclusivo, pero siempre dentro de los parámetros de lo que permite la misma Directiva.

Al tratarse de un límite específico contenido en la legislación, se cumple con el primer paso que requiere que la libre utilización de obras se limite a determinados casos especiales.

De la misma forma creemos que ofrecemos argumentos suficientes para probar que no se atenta contra la explotación normal de la obra ni se causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Con respecto al segundo paso, el requerimiento de no atentar contra la explotación normal de la obra hemos de señalar que nuestra propuesta de *lege ferenda* respecto del límite de cita propone medidas claras al respecto.

En primer lugar, existe una condición finalista que requiere que los usos amparados por el 32.1 LPI sean a título de cita y además establece, de manera ilustrativa pero no limitativa, que dicha cita deberá ser para análisis, comentario, juicio crítico, ilustración, efecto artístico o cualquier otra finalidad. Dicha condición finalista asegura que no se hará alguna reproducción o cualquier otro acto de explotación no autorizado que pueda interferir con el valor de mercado o la explotación normal de la obra.

En segundo lugar, aunque buscamos flexibilidad en la extensión de la cita (no la limitamos a fragmentos en ningún caso), el mismo concepto de cita ya impone cierta limitación en la extensión (aunque sin descartar un posible uso de obras completas en determinados casos).

También exigimos que se haga buen uso de la obra citada y que sea en la medida justificada por el fin perseguido. En nuestra propuesta, la extensión de la obra ajena utilizada en la obra propia deberá estar justificada. No se deja la extensión que puede ser utilizada a la arbitrariedad o al simple capricho. Del mismo modo, la necesidad de hacer buen uso de la obra citada implica que no se actúe de mala fe ni de tal manera que se lesionen los intereses del autor, sean económicos o relacionados con los derechos morales.

Por último, hemos establecido un requisito que guarda relación con esta necesidad de dar buen uso a la obra, prohibiendo en todo caso que se pueda hacer una reproducción encubierta de una obra, actuando de mala fe y pretendiendo ampararse en el límite de cita. Esta disposición está encaminada directamente a la protección del mercado de la obra u obras utilizadas.

Respecto del tercer paso, nuestro límite de cita propuesto no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Esto es debido a que establecer un límite de cita está justificado por

la necesidad de proteger derechos de mayor categoría como la libertad de expresión, y el acceso a la información y la cultura.

La condición de asegurarse de que se haga a partir de obras puestas lícitamente a disposición del público sirve para proteger el derecho de divulgación del autor. La necesidad de mencionar la fuente y el nombre del autor cuando sea posible sirve para proteger el derecho moral a la paternidad de la obra.

**5.5 Análisis de una propuesta de *lege ferenda* sobre el artículo 32.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (Límite de ilustración de la enseñanza e investigación).**

A continuación analizaremos una propuesta de *lege ferenda* que recae sobre el segundo apartado del art 32 LPI. Hacemos esta propuesta basados en la conclusión de que el límite de ilustración de la enseñanza, como está redactado actualmente en la LPI es excesivamente restrictivo en cuanto a lo que permite, incluso tanto que casi resulta redundante con el límite de cita contenido en el apartado 1 del mismo artículo 32.

Para que un límite de ilustración de la enseñanza pueda funcionar adecuadamente, debe funcionar en conjunto con el límite de cita, del cual debe de ser complementario, permitiendo mayores flexibilidades, no menos, que este, dentro de su ámbito de aplicación.

Además, para que este límite pueda ser relevante en el contexto actual, debe de permitir actividades educativas a distancia y en Internet y ser flexible en cuanto a los actos de explotación a los que afecta, de tal manera que permita aprovechar actividades que son comunes en Internet y que pueden resultar en beneficio de la educación, como los llamados contenidos generados por usuario (UGCs).

También es necesario que el límite de ilustración a la enseñanza incluya adecuadamente a todos los sujetos que pueden participar en actividades educativas, incluyendo por supuesto a profesores, estudiantes e investigadores pero dejando la puerta abierta a terceras personas que puedan ampararse en el límite, si estas personas realizan actividades que van en beneficio de la educación de la sociedad en general. Por supuesto, abrir el límite a cualquier tercero, por más correcto que nos resulte, no será tarea fácil, como analizaremos a la hora de pasar nuestro límite por el escrutinio de la regla de los tres pasos.

Estimamos que frases como “el profesorado de la educación reglada” deben de ser descartadas y mirando tanto al Convenio de Berna como a la Directiva 2001/29/CE, hemos optado por el silencio en la norma, cuando creemos que dicho silencio contribuye a un límite más inclusivo, menos restrictivo y más flexible.

Confiamos en que nuestra propuesta de *lege ferenda* contribuya a solucionar, o por lo menos a servir de modelo orientativo para cualquier legislador, de cómo encaminarse a encontrar soluciones para las deficiencias en el límite de ilustración de la enseñanza, como está concebido actualmente en la LPI, que hemos identificado en la parte correspondiente del presente capítulo.

La redacción que proponemos se asemeja a lo dispuesto en el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE pues nos parece que el acercarse a la redacción de dicho artículo permitirá más flexibilidad y pretendemos que nuestro aporte sea aún más inclusivo con los sujetos a los que va dirigido el límite y contribuya a dirimir controversias en cuanto a su aplicación, proporcionando mayor claridad respecto de algunos conceptos.

A continuación nuestra propuesta de redacción del art. 32.2 LPI que debe de quedar como sigue:

Art. 32.2. *No se necesitará de autorización para la utilización de obras, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica. Dichas actividades podrán darse indistintamente en el aula o fuera de ella e incluirán actividades educativas o de investigación a distancia y online o cualquier otro método equiparable.*

*La utilización de obras solo podrá hacerse en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas. Salvo en los casos en que resulte imposible, deberá indicarse la fuente, con inclusión del nombre del autor.”*

En la tabla siguiente se puede comparar nuestra propuesta con la redacción vigente en la LPI.

<b>Propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre el art32.1 LPI</b>	<b>Redacción vigente del art. 32.1 LPI</b>
<i>No se necesitará de autorización para la utilización de obras, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica. Dichas actividades podrán darse indistintamente en el aula o fuera de ella e incluirán actividades educativas o de investigación a distancia y online o cualquier otro método equiparable. La utilización de obras solo podrá hacerse en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas. Salvo en los casos en que resulte imposible, deberá indicarse la fuente, con inclusión del nombre del autor.”</i>	<i>No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”</i>

Tabla 5.2 (Fuente: elaboración propia).

### **5.5.1 *No se necesitará de autorización para la utilización de obras***

Como se puede apreciar, es en esta parte en donde hemos decidido utilizar el silencio de la norma para ser más flexibles e inclusivos.

A diferencia de la redacción actual del art. 32.2 LPI, hemos omitido cualquier frase similar al “profesorado de la educación reglada” e incluso hemos evitado mencionar al profesor, al alumno o a cualquier otro sujeto y en cambio solo hacemos referencia a la educación.

Lo anterior no quiere decir que el límite de ilustración de la enseñanza debe de convertirse en un límite *erga omnes* pero se evita mencionar a destinatarios específicos, como se hace en el Convenio de Berna o en la Directiva Infosoc y hemos optado porque sea la actividad educativa o de educación la que delimite a los sujetos que pueden beneficiarse de este límite. Proponemos entonces un límite muy similar, en cuanto a los beneficiarios, al propuesto en el art. 5.3.a) de la Directiva europea, que se refiere únicamente al uso de obras cuyo objeto sea la actividad ilustrativa y evita mencionar cualquier beneficiario específico.

Sin embargo, por lo menos se podrá interpretar que cualquier persona que tenga la calidad de profesor o alumno estará incluida entre los beneficiarios del límite y al incluir el mismo a la investigación, se podrán beneficiar del mismo, investigadores profesionales, doctorandos, estudiantes de cualquier nivel académico y profesores.

Quedará excluida cualquier persona que con mala fe, intente encasillar un uso no autorizado de una obra bajo el amparo de este límite, cuando en realidad su utilización conlleva otros fines. En este grupo quedarán incluidas personas que no pretendan otra cosa que la reproducción y comunicación pública ilegal de obras protegidas, sin que se pueda decir que tienen una finalidad académica o de investigación.

De la misma forma, hemos preferido la expresión “utilización de obras” sin especificar de qué tipo de obras hablamos, qué actos de explotación están permitidos o prohibidos y cuál es la extensión de dicha utilización.

El silencio en cuanto al tipo de obras que pueden ser utilizadas bajo este límite debe de interpretarse como “todas” o “cualquier tipo de obras” sin importar su naturaleza, siempre y cuando se trate de obras consideradas como originales por la LPI y por lo tanto que estén protegidas por la misma Ley. Debe entenderse además que este límite es neutral en cuanto a la tecnología, es decir, las obras pueden estar tanto en formatos análogos como digitales.

El silencio en cuanto a los actos de explotación que pueden realizarse sin autorización debe de entenderse de la misma manera. El término “utilización” debe cubrir cualquier modalidad de explotación de una obra que sea necesaria para realizar una ilustración de una actividad educativa o de investigación y en la medida justificada por la actividad no comercial que se persigue. Esto quiere decir que podrán realizarse sin autorización actos de reproducción, distribución, comunicación pública (incluyendo la puesta a disposición del público a través de medios digitales) e incluso actos de transformación cuando esto sea necesario.

El incluir actos de transformación cuando así se justifique bajo los requisitos del límite, permitirá otorgar por lo menos una cierta protección jurídica a quienes sean creadores de los llamados contenidos generados por usuario y utilicen obras ajenas para sus creaciones.

Será necesario que los UGCs sean creados con finalidades de ilustración de actividades educativas o de investigación, pero no será necesario que quienes lo hagan sean parte de ese profesorado de la educación reglada, pues ese requisito ha sido eliminado. También podrán ser los alumnos que decidan crear y comunicar a través de una plataforma digital un contenido de dichas características, siempre que estén dentro del ámbito de una institución educativa y siempre que pueda probarse que su contenido tenga se relacione con una actividad didáctica o de investigación en el caso de un doctorando.

Hemos de decir que será difícil que la regla de los tres pasos nos permita abrir el límite a más beneficiarios a pesar de la necesidad que existe de poder hacer eso, para no dejar fuera a colectivos que se embarcan en actividades educativas, pero que no pueden englobarse dentro de lo que se entiende como “educación oficial.”

El que se permita realizar transformaciones de obras sin autorización del autor en virtud de este límite, o cualquier otro acto de explotación, no puede suponer en ningún caso que se pueda afectar a la integridad de la obra, que es un derecho moral y no puede verse afectado por un límite a



los derechos exclusivos. La integridad de la obra deberá ser respetada en cualquier transformación de la misma, se requiera o no la autorización del autor.

En lo referente a la extensión de la utilización, hemos eliminado la desafortunada referencia a “pequeños fragmentos” de obras que contiene la redacción actual del art. 32.2 LPI y hemos ido más allá, y sin hacer distinción del tipo de obra, se permite tanto la utilización de fragmentos como de obras completas cuando sea en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, que ya aparece en la redacción actual del artículo al que nos referimos.

Consideramos que lo anterior dota al límite de mayor flexibilidad en cuanto a la extensión en que puede ser utilizada una obra con finalidades de ilustración de actividades educativas y de investigación científica.

**5.5.2 *El uso tenga únicamente por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica.***

Respecto de esta parte de nuestro nuevo artículo, debemos resaltar que hemos optado por hablar de “ilustración actividades con fines educativos” evitando matizar el término “educativos” para referirnos a educación reglada, superior o cualquier otra, por los motivos expuestos en el apartado a) precedente. El hablar de actividades educativas, de educación, sin matiz alguno permite ser más inclusivo en cuanto a los sujetos y en cuanto a la condición finalista del límite.

Hemos decidido incluir también a la ilustración de actividades de investigación científica pues nos parece que esta actividad, la investigación, es la gran ausente de la redacción actual del art. 32.2 LPI y que merece un límite que le permita, si las circunstancias lo hacen necesario, utilizar obras de manera más flexible que cuando se pretende únicamente citar una obra sea para crítica o reseña.

La condición finalista de ilustración se mantiene, por lo que no se puede hablar de que propongamos un límite que permite indiscriminadamente realizar actos de explotación sin autorización del titular de los derechos sobre una obra.

Sin embargo, debemos ser flexibles en cuanto a entender que no se requiere que dicha ilustración incluya la incorporación de una obra ajena en obra nueva y también debe entenderse a la actividad ilustrativa de la manera más amplia posible, siempre más permisiva en cuanto a extensión y naturaleza del uso que lo que permite un límite de cita.

La sujeción a la condición finalista permitirá suficiente flexibilidad pero al mismo tiempo permitirá proteger adecuadamente al autor o cualquier otro tenedor de derechos exclusivos de explotación sobre una obra, pues hará posible, como ya dijimos en el apartado anterior, excluir del beneficio del límite a cualquier persona que pretenda explotar una obra si no tiene como finalidad la ilustración con fines educativos o de investigación o si pretende hacer pasar un uso no autorizado que no cabe dentro de este límite, argumentando que su actividad se trata de una educativa o de investigación cuando esto no sea el caso.

### **5.5.3 *Dichas actividades podrán darse indistintamente en el aula o fuera de ella***

En este caso, pudimos haber optado por simplemente no hacer mención alguna al aula, pero en función del artículo 32.2 existente actualmente, hemos decidido hacer mención a la misma, para dejar claro que la actividad de ilustración puede darse tanto en el aula como fuera de ella.

El uso de la palabra “aula” evoca que la utilización de obras para la ilustración debe hacerse en un contexto educativo en donde hay una persona que realiza una actividad con el objeto de educar a otros, sería el caso del profesor, o bien la persona realiza la actividad ilustrativa para su propia educación, sería el caso del alumno. Por supuesto, al no excluirse a ningún grupo, se entiende que está incluido en este supuesto todo tipo de educación universitaria y superior, pero también cualquier otro tipo de educación a todos los niveles.

También hemos precisado que la actividad puede darse fuera del aula, lo que no debe entenderse como que implica que también puede incluirse a terceros que realicen actividades con la finalidad de educar, pero no tienen destinatarios determinados como lo pueden ser los alumnos, compañeros de clase, etc. Lamentablemente, el dejar el límite abierto a todo público, de manera totalmente indiscriminada no sería compatible con la llamada regla de los tres pasos ni con la interpretación mayoritaria que desde la jurisprudencia, se estima debe hacerse de los límites a los derechos de autor.

Aunque en realidad no hace falta especificarlo, se entiende que las actividades de investigación se hacen fuera del aula y no establecen la misma relación alumno-profesor pero sí se puede entender que el resultado de la investigación científica aunque beneficia a la sociedad al completo, tiene como destinatarios especialmente, pero no exclusivamente, a las personas que se encuentran dentro del ámbito universitario, que son las que mayor provecho puede sacar de la investigación.

#### **5.5.4 *Incluirán actividades educativas o de investigación a distancia y online o cualquier otro método equiparable.***

Hemos querido dejar claro que entre las actividades educativas debe incluirse la educación a distancia y la educación a través de plataformas online para que se entiendan incluidas de manera inequívoca. Sabemos que las actividades de investigación no necesitan de ser calificadas como online o a distancia, pero no hemos querido dejarlas fuera para que se entienda que están incluidas en el límite para todos los efectos.

También hemos decidido incluir la frase “cualquier otro método equiparable” pues pretendemos mirar al futuro y de nuevo ser explícitos en la voluntad de incorporar cualquier nueva tecnología que permita actividades educativas o de investigación dentro del ámbito de este límite.

Es esto lo que permite diferenciar nuestra intención al hablar por un lado de actividades dentro del aula o fuera del aula y actividades realizadas valiéndose de una u otra tecnología, estableciendo entonces que unas y otras están incluidas.

Por supuesto, se habla de educación a distancia y a través de plataformas online para todos los efectos. Esto quiere decir que se podrán usarse plataformas online tanto dentro del aula como fuera de la misma y que además, la educación a distancia y online podrá darse en tiempo real o bien ser diferida en el tiempo.

**5.5.5 *La utilización de obras solo podrá hacerse en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas.***

La fórmula que hemos adoptado está basada, como ya hemos visto, por lo dispuesto en el Convenio de Berna y también está presente en varias de las limitaciones de adopción facultativa de la Directiva 2001/29/CE.

Tal y como sucede con el límite de cita, la primera condición es la que sirve para poder delimitar en cada caso particular cuál debe de ser la extensión de la utilización de una obra ajena, que debe de ir en relación con esa finalidad no comercial perseguida. De la misma manera, este condicionante nos permite determinar si los actos de explotación realizados sin autorización están justificados o no por la finalidad de ilustración de la enseñanza.

Como puede verse, hemos optado por no cambiar esta frase, que ya se encuentra en la legislación actual, pues la consideramos útil más allá de cualquier problema que pueda suponer y sí otorga una cierta flexibilidad, muy necesaria, al límite de ilustración de la enseñanza.

En cambio, hemos decidido añadir la referencia a los buenos usos y la prohibición de realizar actos de explotación encubiertos que ya hemos introducido en nuestra propuesta del límite de cita.

El requisito de que la utilización a título de ilustración de la enseñanza o la investigación se haga de acuerdo a los buenos usos y que debe interpretarse como la ausencia de mala fe en el uso de las obras, diciendo que se tiene una intención cuando en realidad se tiene otra.

Es en el mismo sentido que hemos introducido la frase “siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas.” Con esto se busca evitar cualquier explotación no autorizada, por ejemplo la distribución o puesta a disposición sin autorización de contenidos protegidos, que obedezca a fines distintos de la educación o la investigación científica.

#### **5.5.6 *Salvo en los casos en que resulte imposible, deberá indicarse la fuente, con inclusión del nombre del autor***

Al igual que en el caso anterior, hemos optado por mantener el requerimiento de que se indique la fuente con inclusión de nombre del autor pues así se asegura el respeto a la paternidad de la obra que se utiliza con fines de ilustración de actividades educativas y de investigación científica.

Como en el art. 32.2 LPI vigente ya se habla de que este requisito solo deberá cumplirse cuando sea posible, no ha sido necesario proponer modificar esta parte del artículo, como si lo hemos propuesto respecto del apartado 1 del mismo artículo de la legislación española de derecho de autor.

#### **5.5.7 Adecuación de la propuesta de *lege ferenda* sobre el límite de ilustración de la enseñanza a la regla de los tres pasos.**

Como hemos dicho, la regla de los tres pasos como está establecida en el Convenio de Berna obliga al legislador nacional a apegarse a la misma a la hora de establecer límites al derecho de autor.

Creemos que nuestra propuesta de modificación del apartado 2 del artículo 32 LPI se ajusta a los requerimientos impuestos por la regla de los tres pasos por lo que su adopción en la legislación nacional del derecho de autor es una posibilidad.

La nueva redacción que proponemos del límite de ilustración de la enseñanza e investigación está basada en la redacción que podemos encontrar del mismo en el Convenio de Berna y muy especialmente en la redacción del límite de ilustración de la enseñanza e investigación contenido en el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE.

El límite contenido en la Directiva se ajusta a la regla de los tres pasos y nuestra propuesta propone que la redacción del límite en la LPI española se asemeje más a dicha redacción manteniéndose dentro de los parámetros de dicha Directiva. No es posible que sea de otra forma pues hemos de recordar que la Directiva requiere que los límites adoptados en el ordenamiento nacional sean iguales o más restrictivos que los dispuestos en la Directiva. De la misma manera tanto los límites de la Directiva como los del ordenamiento doméstico tienen que ser igual o más restrictivos que lo dispuesto en este asunto por el Convenio de Berna.

Como se trata de un límite específico, que estaría contenido en el segundo apartado del artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual española, se cumple con el primer paso de la regla que requiere que la libre utilización de obras se limite a determinados casos especiales. El límite es uno de esos casos especiales junto con los demás límites contenidos en los artículos 31 y siguientes de la LPI.

Respecto del segundo paso, en nuestra propuesta de un nuevo límite, se ha dispuesto la condición finalista que supone que la realización de actos de explotación sin autorización solo pueda darse cuando se tiene por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica.

La misma condición finalista sirve para proteger a los autores y al valor de mercado de sus obras frente a la provisión que permite que las actividades ilustrativas puedan darse dentro o fuera del aula y en plataformas como internet que permiten la puesta a disposición de las obras.

Además, como hemos dicho, consideramos que a pesar de que nos gustaría poder concluir otra cosa, no es posible interpretar nuestro límite como un límite *erga omnes* y sus destinatarios tendrán que ser sujetos relacionados a instituciones educativas o de educación. De lo contrario se podría argumentar que los usos no autorizados afectan a la explotación normal de la obra y no cumplirían con el segundo paso de la regla.

Ya hemos dicho que desafortunadamente, el que el límite no pueda ser totalmente general, deja fuera a muchos colectivos que reciben educación de una u otra forma: pensemos en la educación de adultos mayores, la capacitación dentro de las empresas o la encaminada a refugiados políticos o asilados acogidos por el país y que necesitan de cierta educación para poder integrarse a la nueva sociedad de la que son parte. Todas estas formas de educación tienen difícil encaje dentro de lo que el límite puede amparar a día de hoy.

La existencia del objetivo didáctico o de investigación científica es fundamental cuando se junta con esa finalidad no comercial que también es un requisito. Así, quien se ampara en el límite no podrá competir en el mercado con el autor, por lo que se evita de esta manera afectar a la explotación normal de la obra.

El tercer paso, no afectar de manera injustificada a los intereses legítimos del autor, se cumple pues con el límite se busca también proteger a la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el acceso a la información, como lo hace el límite de cita, pero además se busca que estos derechos y libertades fundamentales contribuyan a avanzar otro de los pilares del interés general que es el derecho a la educación. Existe entonces una justificación para afectar a los intereses del autor mediante el límite de ilustración de la enseñanza.

Además, como ya hemos visto, de acuerdo con la interpretación actual de la regla de los tres pasos, nada impedirá que el legislador o el tribunal encargado de interpretar la norma en un caso particular, imponga un sistema de remuneración equitativa si se considera que así se minimiza el

perjuicio a los intereses legítimos del autor, evitando que este sea desproporcionado y por lo tanto no esté justificado por la finalidad del límite.

Aunque proponemos que se permita la transformación de la obra cuando así esté justificado por la finalidad no comercial perseguida que es la ilustración con fines didácticos o científicos, recordemos que transformación, o en su caso la realización de cualquier acto de explotación, no puede suponer atentar a la integridad de la obra ni a ningún otro derecho moral del autor por lo que esto no significa que se afecten a los intereses legítimos del autor.

También se establece la obligación de citar autor y fuente cuando sea posible. Así se respeta la paternidad de las obras utilizadas, protegiendo así los intereses legítimos del autor evitando una lesión a sus derechos morales.

Finalmente, con la exigencia de que la utilización de obras con fines de ilustración de actividades educativas y de investigación se haga de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas, buscamos prohibir que utilizaciones con mala fe puedan ampararse en el límite del art. 32.2 LPI. Esta disposición está encaminada directamente a la protección del mercado de las obras utilizadas y a dejar fuera del límite a cualquier acto de explotación que con finalidades distintas en mente, pretenda ampararse bajo el mismo. Se cumple así con los pasos segundo y tercero de la regla.

Creemos que por lo anterior nuestro límite podrá pasar el escrutinio de la regla de los tres pasos y por lo tanto podrá ser adoptado en el ordenamiento jurídico español o en cualquier otro que haya suscrito el Convenio de Berna o esté obligado por la Directiva Infosoc.

Creemos además que tanto este límite como el de cita mantendrán su flexibilidad, aún cuando se aplique la regla de los tres pasos contenida en el art. 40 *bis* LPI a la hora de interpretar y aplicar los límites a casos concretos.



Debemos reiterar que aunque ambas propuestas son una solución que puede ser adoptada en una próxima modificación de la Ley de Propiedad Intelectual española, pero esto en ningún caso será una solución definitiva.

Existe otro elemento en la regulación tanto internacional como local de derecho de autor que afecta grandemente a los límites. Quizás su mayor amenaza, las medidas tecnológicas de protección es lo que discutimos en el siguiente apartado.

Como veremos a continuación, es posible que a consecuencia de lo dispuesto respecto de dichas medidas ni siquiera nuestras propuestas de *lege ferenda* tengan un impacto positivo respecto de la situación actual de los límites al derecho de autor.

Esto nos lleva a pensar que el mayor problema es consecuencia de todo el sistema actual de límites a los derechos exclusivos y la forma de interpretarlos, que es una forma restrictiva, lastrada además por la regla de los tres pasos en su concepción actual y por la regulación de las medidas tecnológicas de protección .

En el siguiente capítulo estudiamos y proponemos qué se puede hacer para cambiar el sistema en general y tener una verdadera solución a los problemas que hemos identificado y analizado durante todos los capítulos precedentes, incluyendo el presente.

## **5.6 Las medidas tecnológicas de protección y sus efectos sobre los límites, en particular la cita y la ilustración de la enseñanza.**

Hemos esperado hasta este momento para hablar sobre las medidas tecnológicas de protección pues consideramos que a nivel internacional, las disposiciones en la materia de la Directiva Infosoc constituyen el colectivo más grande de países, directamente relacionado con España que ha adoptado medidas en ese sentido. Por supuesto, los países firmantes de los Tratados de la OMPI están vinculados por las disposiciones en la materia pero consideramos que un buen representante de cualquier país extracomunitario es Estados Unidos, principalmente porque ha sido

el primero en legislar al respecto y porque se ha estudiado ampliamente el efecto que las medidas tecnológicas de protección tienen sobre los límites al derecho de autor.

Los problemas que se presentan en la legislación de EEUU respecto de las medidas han sido ampliamente estudiados. Algunos de los autores que, a nuestro juicio merecen ser mencionados son Brown (2006) que relata la evolución de la legislación norteamericana respecto de las medidas tecnológicas; Nimmer (2001) que estudia la legislación vigente y propone soluciones como también lo hace Besek (2004).

Desde la perspectiva estadounidense, el trabajo más conocido y citado respecto del *Digital Millenium Copyright Act* norteamericano de 1998 (que contiene la regulación respecto de las medidas tecnológicas) y sus efectos negativos sobre el *fair use* y el dominio público sea el de Benkler (1999). Nos referimos más ampliamente a su trabajo en el siguiente capítulo, en la sección que dedicamos al dominio público.

A nivel europeo también se ha estudiado ampliamente la cuestión de las medidas tecnológicas, varios de los trabajos los citamos a continuación pero merece la pena destacar a: Hugenholtz (2000) y a Gasser y Silke (2006) que estudian la aplicación de las medidas tecnológicas en el contexto de la Directiva Infosoc. También está otro trabajo de Hugenholtz (2000-2001) que se refiere a los efectos nocivos de las medidas de protección sobre el dominio público y que también abordaremos con más amplitud en el siguiente capítulo.

Entre estos trabajos y otros que mencionamos en este apartado se proponen diversas soluciones al problema de las medidas tecnológicas de protección. Nosotros ciertamente apuntamos a una de ellas, pero es a partir de este momento en que en nuestro trabajo encontramos elementos serios para considerar que la verdadera solución es necesariamente una mucho más integral, que no solamente provea de parches a la legislación.

Nuestra propuesta en ese sentido forma parte del siguiente capítulo y, sin afán de adelantarnos, pasamos en este momento a estudiar las medidas tecnológicas de protección como están reguladas en la actualidad.

Existen diferentes tipos de medidas. Algunas buscan identificar y rastrear una obra y los usos que se hacen de la misma. Otras están destinadas a controlar el acceso a una obra protegida según lo dispuesto por el titular de los derechos sobre la misma (como los descodificadores) y otras medidas van destinadas a impedir posteriores actos de reproducción, comunicación al público o transformación de las obras a las que ya se ha tenido acceso, es decir, se trata de controles de uso (las conocidas "medidas anti copia").

Garrote (2003:504-509) propone tres criterios de clasificación de las medidas de protección:

1) Según el momento en que actúan: previas al momento de la infracción, por ejemplo, las medidas anti copia; y las que actúan una vez que se ha producido la infracción y que permiten el rastreo de obras puestas a disposición de manera ilegal; (2) por su función: medidas de control de acceso y medidas de control del uso; y (3) por su finalidad: las que buscan identificar y proteger la obra y las que buscan el controlar el acceso a las obras.

La clasificación anterior puede resumirse en tres tipos de medidas claramente diferenciables:

- 1) Medidas de identificación y rastreo de la obra protegida;
- 2) Medidas de control del acceso de la obra protegida; y
- 3) Medidas de control del uso de la obra protegida.

La preocupación en torno a las medidas de protección en sí mismas, y la forma en que las mismas se regulan es que siempre se ha cuestionado si las mismas son realmente efectivas y además, se considera que lo único que consiguen es estorbar el uso de las obras por parte de los beneficiarios de los límites a los derechos exclusivos:

"...En realidad estos estándares restringen la posibilidad de la copia privada pero generalmente no evitan la reproducción ilegal con fines comerciales, con lo cual se termina castigando al consumidor que adquiere las versiones originales, pues el material ilegal suele estar libre de estas restricciones" (Rodríguez Lobatón y Montezuma Panez, 2004:146).

Uno de los problemas es que la copia privada no es el único límite al derecho de autor que puede verse afectado. Se suele hablar del "efecto paradójico" del entorno digital en Internet en donde hay mayor posibilidad de reproducir y comunicar con facilidad las obras, pero al mismo tiempo "los propietarios de los derechos están en mejor posición que en el contexto analógico para dictar las condiciones de utilización de sus obras" (Guibault, 2003:39).

Como se trata de programas informáticos, de código, las medidas tecnológicas de protección pueden ser eludidas mediante la utilización del mismo código, de programas informáticos destinados a su evasión. La respuesta legislativa a estas actividades de elusión de las medidas se centra principalmente en dos tipos de prohibiciones (Gasser y Silke, 2006:6):

- 1) La prohibición de cualquier acto de elusión.
- 2) La prohibición del comercio y distribución de dispositivos que permiten la elusión.

Con las medidas tecnológicas se puede bloquear totalmente el acceso a una obra y que al tratarse de un programa informático, este bloqueo puede no ser capaz de discriminar entre un usuario que pretende realizar un uso no permitido y un usuario que tiene el derecho a realizar un uso sin autorización amparándose en un límite de cita o en una actividad de ilustración de la enseñanza o de investigación o en cualquier otro límite. En pocas palabras, las medidas tecnológicas no son especialmente eficientes en discernir entre los diferentes tipos de usuarios y si se trata o no de un intento de utilización legítima de las obras.

Como consecuencia de lo anterior, con las medidas de protección, y con su legislación, se corre el riesgo de destruir por completo la efectividad de los límites y excepciones al derecho de

autor y por lo tanto poner en riesgo el interés general y los derechos fundamentales que estos van encaminados a proteger (Ibíd.:8).

Este peligro ha sido identificado desde el principio. Se sabe que es necesario que las medidas de protección contengan mecanismos que permitan el disfrute de los límites a los derechos exclusivos, pero hasta ahora, ningún sistema de protección puede garantizar esto con solvencia (Armstrong, 2006:88).

El legislador también es consciente del problema y ha intentado establecer excepciones en la regulación de las medidas tecnológicas de tal manera que se afecte lo menos posible a los límites al derecho de autor pero como veremos a continuación, y según nos apunta Xalabarder (2009:128-129), la preocupación es que las disposiciones legislativas no son las correctas, cuando no son directamente inefectivas. Además, como nos advierte la misma autora, existe la tendencia a que se deje en manos de quien establece las medidas tecnológicas establecer qué usos pueden realizarse o no, generalmente mediante la celebración de contratos de licencia en combinación con la aplicación de medidas de protección, en lugar de que sean los límites al derecho de autor los que determinen las libertades de los usuarios en cuanto a los usos que pueden realizar. La misma legislación ha contribuido a esto, pues permite que los pactos entre partes (que a veces son impuestos unilateralmente) tengan preeminencia sobre cualquier otra disposición en materia de derechos de autor.

#### **5.6.1 Regulación de las medidas tecnológicas de protección en la legislación internacional y europea.**

Aunque no define qué son las medidas tecnológicas de protección, el Tratado del de la OMPI sobre el Derecho de autor establece la obligación de las partes contratantes de:

*"...(otorgar) protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos... y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén*

*autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley"* (art. 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor de 1996).

Este artículo tiene su correspondencia en el art. 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, también de 1996. Dicho artículo otorga protección jurídica a las medidas tecnológicas utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas para restringir actos no autorizados.

Fue a partir de estos Tratados que las legislaciones regionales y nacionales comenzaron a incorporar la protección jurídica de las medidas tecnológicas en sus ordenamientos nacionales, estableciendo esos métodos de protección de los que hemos hablado (prohibición de los actos de elusión y prohibición de las tecnologías de elusión). Prácticamente la totalidad de las legislaciones nacionales omite dar una definición clara de lo que es una medida tecnológica y tampoco se define satisfactoriamente en qué consiste la elusión o las tecnologías de elusión. Mucho menos parece que en alguna de las legislaciones nacionales se haya podido establecer un sistema efectivo que garantice la coexistencia de los límites al derecho de autor con las medidas tecnológicas.

Una excepción a lo anterior puede ser la legislación norteamericana en la materia, que es bastante detallada. Estados Unidos implementó dichos tratados de la OMPI en 1998, mediante la muy conocida, y aún muy controvertida *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) que modificó el Copyright Act de 1976 introduciendo varias nuevas secciones, a destacar las secciones 1201 a 1205 que tratan sobre las medidas tecnológicas de protección o "*copyright protection systems*" como la misma legislación les llama.

La §1201 prohíbe la elusión de cualquier medida tecnológica que controle efectivamente el acceso de una obra protegida (§1201(a)(1)A). Al mismo tiempo, establece excepciones a dicha prohibición, en beneficio de todo usuario que pueda verse afectado en su habilidad de llevar a cabo usos que no puedan ser considerados como ilícitos, es decir, amparados en un límite al derecho de autor (§1201(a)(1)B). La misma sección prohíbe la manufactura, importación, puesta a disposición

del público, distribución o tráfico de cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente, o parte de estos que esté destinado a eludir una medida tecnológica de control de acceso (§1201(a)(2)), o cualquier otra medida de protección tecnológica (§1201(b)(1)) sobre una obra sujeta a la protección del copyright.

También establece que los derechos, compensación, limitaciones o defensas contra la infracción del copyright, incluyendo el *fair use* no pueden verse afectados por lo antes dispuesto (§1201(c)) y establece una excepción específica para bibliotecas sin ánimo de lucro, archivos e instituciones educativas siempre que el uso de una obra protegida solo sea para determinar si desean adquirir dicha obra y siempre que no tengan otra forma de acceso a la misma (§1201(d)).

Finalmente, se establecen disposiciones relativas a las actividades gubernamentales, una excepción que permite eludir medidas tecnológicas con el fin de analizar los elementos que permiten la interoperabilidad entre programas de ordenador, si se cumplen ciertas condiciones; otra excepción para las actividades de investigación sobre tecnologías de encriptación y que permite ciertos actos específicos; la protección de los menores; la protección de la información personal y sobre dispositivos analógicos y las medidas tecnológicas de protección (§1201(e) a (k)).

Puede que la legislación norteamericana en materia de medidas tecnológicas de protección sea la más extensa y la más detallada, pero no por ello es la mejor. En primer lugar, creemos que se echa en falta, justo como en la legislación internacional, una definición concreta de lo que es una medida tecnológica de protección. A nuestro parecer, este silencio es una vía libre para los proveedores de contenidos para que sean ellos quienes impongan la tecnología e impongan así las condiciones de acceso. En ese sentido, conviene leer a Armstrong (2006), que habla de cómo las medidas tecnológicas son un reflejo de los intereses de un solo colectivo: los grandes productores de contenidos.

A la DMCA no le faltan detractores y el anterior es solo uno de los motivos. Otro motivo de alarma en la doctrina es la creación de un derecho "a controlar el acceso a las obras protegidas" que no encontramos en los Tratados Internacionales ni en ninguna otra legislación (Fernández Molina, 2002:11).

Este "control total" que se da a los tenedores de los derechos, combinado con una falta de protección adecuada, propiciada tanto por mala legislación como por limitantes tecnológicas, es la que según los autores, ha instalado una sociedad del pago por acceso en donde una parte impone las condiciones y la otra no tiene más opción que cumplir si quiere el acceso.

Debido a lo anterior, la doctrina norteamericana se pregunta qué espacio queda para el *fair use* en el panorama legislativo actual. Ver en este sentido a Nimmer (2000). o a Therien (2001). El ya citado Armstrong (2006:121) acusa a la DMCA de ser una legislación “perversa” que ha roto con el balance de intereses y aleja al copyright de sus finalidades que son al mismo tiempo incentivar la creación pero garantizar el acceso de la sociedad a las obras en beneficio del interés general.

En la DMCA se establecen excepciones en favor de bibliotecas e instituciones educativas y se dice que las disposiciones no afectan al *fair use* o a la libertad de expresión pero el problema es que, aunque saltarse la medida no es una infracción, fabricar, comerciar, distribuir, poner a disposición o traficar con tecnología que permita saltarse una medida sigue siendo ilegal. De esta forma, si la persona que se beneficia por la excepción no tiene los conocimientos para fabricar él mismo una tecnología de elusión o para desactivar una medida de protección, simplemente no podrá tener acceso. Es el equivalente a que la legislación permita la venta y distribución de latas pero que haga de fabricar y poseer el abrelatas un delito.

Los problemas mencionados anteriormente se repiten en el derecho comunitario con la introducción de la protección jurídica de las medidas tecnológicas en la Directiva 2001/29/CE, en concreto en los artículos 6 y 8 de la misma. El primero establece las obligaciones relativas a las



medidas tecnológicas y el segundo hace referencias a las sanciones y vías de recurso en relación con la violación de dichas obligaciones y los respectivos derechos que se establecen.

La Directiva Infosoc otorga una definición de lo que son las medidas tecnológicas, definiéndolas como:

*“toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal; esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor o el derecho sui generis de los programas de ordenador (art. 6.3 de la Directiva 2001/29/CE).*

Además, ese “derecho” a controlar el acceso que identificábamos con la DMCA norteamericana hace su aparición en el Derecho europeo pues la misma Directiva nos dice que una medida tecnológica se considera “eficaz” cuando *“el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección... o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”* (art. 6.3 de la Directiva 2001/29/CE).

La protección otorgada a las medidas es de carácter doble, de acuerdo con los Tratados Internacionales que ya hemos visto, y similar también a las de la DMCA norteamericana: Se manda a los Estados miembros la obligación de prohibir los actos de elusión de *“cualquier medida tecnológica efectiva”* (art. 6.1 de la Directiva 2001/29/CE) en sus legislaciones nacionales y el prohibir: *“la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicada para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente” o la prestación de servicios con la finalidad de eludir, permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz*” (art. 6.2 de la Directiva 2001/29/CE).

El apartado 4 del art. 6 de la Directiva Infosoc es el que establece la obligación de los Estados miembros de:

*“...tomar las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional..., los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”* (art. 6.4 de la Directiva 2001/29/CE).

Como vemos, se establecen así medidas para garantizar el respeto y la protección a los límites al derecho de autor, obligatorios y facultativos, establecidos en la Directiva y que por supuesto, los países dispondrán en sus ordenamientos locales. La doctrina, como ya sucede también con la DMCA, cuestiona que lo dispuesto en la legislación para proteger a los límites sea realmente efectivo, pues como no se definen cuáles son esos “medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación” las legislaciones de los Estados miembros tienden a dejar esta labor a los tribunales y al arbitraje, lo que puede terminar por ser un mecanismo lento y costoso (Xalabarder, 2009:128-129). Esto impedirá dar protección adecuada a los usuarios.

Pese a lo anterior, lo más llamativo de dicho art. 6.4 de la Directiva es lo que viene justo antes pues, este mandato de *“tomar medidas pertinentes”* para garantizar el disfrute de una limitación, solo se da a los Estados miembros *“en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados...”* Además:

*“lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.”*

Esto quiere decir que cualquier obra en esta situación estará sujeta a los términos contractuales, medidas de protección y DRMs que el tenedor de los derechos haya establecido, incluso cuando los usos puedan ser para la enseñanza o en beneficio de bibliotecas (Xalabarder, 2009:129).

Lo anterior implica que el legislador de la Unión europea deja en manos de acciones voluntarias y de acuerdos, con condiciones que muchas veces son impuestas por los titulares de los

derechos, el dar acceso a las obras a aquellas personas que en virtud de un límite tienen derecho legítimo a hacer uso de ellas sin la autorización del titular.

Esta es una contradicción mayúscula, pues mediante esa cesión de funciones en los titulares de los derechos, en la práctica todo acceso y uso estará sujeto a la autorización del titular y al cumplimiento de condiciones, que como ya hemos dicho, están impuestas unilateralmente y sin posibilidad de ser rechazadas si se quiere acceder al contenido. Un ejemplo podemos ver en los términos de uso que suelen acompañar a las copias digitales de las obras que se distribuyen a través de streaming online o descarga.

Dichos términos de uso suelen ser “o lo tomas o lo dejas” pues si el usuario rechaza estar de acuerdo con lo ahí establecido, se le negará el acceso a los contenidos que están detrás de una medida de protección tecnológica. Así, el titular de los derechos tiene el control total sobre la obra, aún en aquellos casos en que un límite podría dar acceso legítimo a un usuario pues este, aún estando amparado en dicho límite, tendrá prohibido saltarse una medida de protección. El párrafo tercero del art. 6.4 de la Directiva 2001/29/CE dice a la letra:

*“Tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos, incluidas las derivadas de acuerdos voluntarios, como las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas por Estados miembros, disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1.”*

Según la doctrina, la principal consecuencia de legislación en este sentido es que las disposiciones jurídicas que impiden la elusión de medidas tecnológicas han sustituido el balance de intereses entre titulares de derechos sobre obras protegidas y el interés público que era garantizado por la legislación tradicional (Gasser y Silke, 2006:8), es decir, sustituye en la práctica al sistema de límites y excepciones a los derechos exclusivos. En el mismo sentido, tenemos la opinión de Lucie Guibault (2003:40):

*“... el entorno digital favorece la celebración de contratos, gracias a su estructura y su naturaleza interactivas... por consiguiente... los contratos además o en lugar de la legislación*

sobre derecho de autor, constituyen una solución expedita para la determinación de las condiciones de utilización del material protegido en el entorno digital.”

La ley europea no adopta excepciones a una responsabilidad jurídica por saltarse las medidas de protección, sino que crea un mecanismo que deja en manos de los tenedores de derechos la responsabilidad de dejar un espacio para que existan ciertas excepciones (Gasser y Silke, Loc. Cit.).

La Directiva ha sido tan criticada como cualquier otra legislación que ha establecido la protección jurídica para las medidas tecnológicas pues el desequilibrio en favor de los intereses de los titulares de los derechos es evidente:

“...prohíbe tanto el acto de elusión como las actividades preparatorias, define de manera excesivamente amplia lo que es una medida tecnológica protegida; crea un nuevo derecho de acceso que no solo afecta a la utilización inicial de la obra sino también a todo uso subsiguiente de la misma. Pero además, el artículo 6.4, en teoría encargado de equilibrar los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios, se queda muy lejos de alcanzar ese objetivo ya que... deja bien claro que cuando los titulares de los derechos deciden poner sus obras en Internet y contratar directamente con el usuario mediante licencias en línea, su voluntad debe prevalecer incluso frente a las excepciones previstas para el derecho de autor” (Fernández Molina, 2002:12).

El apoyarse excesivamente en acuerdos entre partes y protección de medidas tecnológicas es sin duda negativo puesto que se “... puede llegar a desnaturalizar las relaciones entre titulares de los derechos de la propiedad intelectual y usuarios” y ello “constituiría contractualizar el acceso al conocimiento, a la cultura, descontextualizarlo de su esencia gratuita...” (Murillo Sanz, 2005:100).

Como ya hemos dicho, no existe verdadero convencimiento de que las mismas medidas tecnológicas sean realmente eficaces. No es un secreto que a pesar de las prohibiciones consagradas en la Ley, que una simple búsqueda de Google dará como resultado una pléyade de opciones en cuanto a programas informáticos tanto comerciales como gratuitos que permiten la fácil elusión de las medidas tecnológicas de protección. Hacerlo, es en realidad, un juego de niños si se tiene un mínimo de conocimientos informáticos.

Como resultado de una legislación defectuosa, que habla de límites al derecho de autor y protege una tecnología que es incapaz de discriminar cuando un usuario legítimo desea hacer una copia privada o tener acceso a una obra y utilizarla con fines educativos, se ha llegado al punto de que es socialmente aceptable saltarse una medida tecnológica para estos fines, a pesar de que, estrictamente, se trata de una infracción a la ley. Un ejemplo de esto y que evidencia que la legislación no es ni correcta ni efectiva puede verse en (Fisher y McGeeveran, 2006). Dicho ejemplo muestra como los sistemas de protección tecnológica de las obras audiovisuales en DVD, y las restricciones impuestas por la DMCA interfieren con los usos educativos de obras cinematográficas.

En su estudio los autores se han dado cuenta que muchos profesores de estudios cinematográficos se saltan las medidas tecnológicas de protección tecnológica para poder utilizar material en formato digital en clase, aún si esto supone violar la legislación de copyright. Sin duda esta misma situación se produce a nivel europeo, y a veces los profesores se arriesgan a ser considerados infractores de los derechos de autor, con tal de llevar hacia adelante iniciativas que utilizan contenidos digitales. Un ejemplo de ello es el análisis de los Canales VOD de e-Televisión analizado en el capítulo 4 de esta tesis.

Quizás las medidas tecnológicas de protección y la legislación en la materia son en realidad tal para cual pues ambas resultan igual de inefectivas. Y como nos dice García Sanz (2005:128):

“...aunque estos mecanismos consigan un funcionamiento y una seguridad infalibles, en su finalidad de un sistema “*pay per view*” o “*pay per use*” – sin espacio para los derechos de la sociedad a la información libre – de autorización /prohibición, significaría frenar cuando menos la “riqueza” creativa y de conocimiento que Internet permite.”

Ha habido iniciativas por parte de grandes compañías que se dedican a la producción musical (*majors* como EMI por ejemplo), empresas que se dedican a la venta de música en formato digital

como iTunes de Apple o Amazon (Hendrickson, 2007) y empresas de producción de videojuegos que han decidido ofrecer sus productos libres de medidas de protección anti copia, como Steam.<sup>28</sup>

No creemos que lo anterior sea evidencia de que las empresas desean desechar totalmente las medidas tecnológicas de protección, pero sí apunta a primero, su falta de popularidad ante el usuario, y segundo, por lo menos en cierta medida que no son del todo eficaces, de ahí que busquen, a través de las plataformas de distribución online, cierto consenso con los usuarios, aunque aún siguen imponiendo las condiciones.

Sitios como Netflix<sup>29</sup> o Spotify<sup>30</sup> que ofrecen películas y música en streaming online, obligan a estar de acuerdo con las condiciones de términos de uso (Amazon,<sup>31</sup> iTunes<sup>32</sup>, o Steam<sup>33</sup> en realidad también lo hacen) si se quiere acceder a los contenidos y por supuesto, saltarse medidas anti copia o reproducir y comunicar contenidos que contravengan a esos términos de uso, puede dar lugar a la retirada de acceso al contenido o a responsabilidades jurídicas. Como la única forma de acceder a los contenidos suele ser a través de sus plataformas de software en casos como el de Netflix, la medida de protección recae sobre toda la plataforma y es el contrato que le liga al usuario el que establece las condiciones del acceso.

En sitios como iTunes, el usuario puede adquirir la música libre de medidas tecnológicas, pero son los términos de uso los que le obligan a no realizar actos no autorizados sobre las obras. Puede que este último sistema otorgue un poco más de libertad al usuario pero los problemas que

---

<sup>28</sup>Una lista de juegos libres de medidas de protección en Steam puede verse en: [http://steam.wikia.com/wiki/List\\_of\\_DRM-free\\_games](http://steam.wikia.com/wiki/List_of_DRM-free_games)

<sup>29</sup>Los términos de uso de Netflix pueden leerse en: <https://www.netflix.com/TermsOfUse>. En la versión a fecha 15/04/2014, la cláusula 6.e prohíbe cualquier uso de las obras distribuidas salvo disposición expresa de los términos de usuario y prohíbe también la elusión de cualquier medida tecnológica de protección que recaiga sobre el software de la plataforma o los contenidos que se distribuyen en la misma.

<sup>30</sup>Los términos de Spotify, empresa europea, pueden leerse en: <https://www.spotify.com/us/legal/end-user-agreement/>. La cláusula 8 establece los actos que no están permitidos a los usuarios.

<sup>31</sup>Términos de uso de Amazon: <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=200154280>

<sup>32</sup>Términos de uso de iTunes: <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html>

<sup>33</sup>Términos de uso de Steam: [http://store.steampowered.com/subscriber\\_agreement/](http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/)

vienen dados por la legislación siguen ahí y quizás el mayor, el que los acuerdos entre partes, con condiciones impuestas unilateralmente, no hace sino exacerbarse.

No es que las *majors* se hayan dado cuenta de lo nocivas que son las medidas de protección. Más bien han entendido que pueden protegerse mejor a través de condiciones de uso relativamente oscuras y a los que los usuarios prestan poca atención. Se ganan así cierto favor de la opinión pública al mismo tiempo que aprovechan la legislación a su favor.

Además, esta tendencia nos presenta con un problema adicional y es que en realidad lo que hace es aumentar el control del titular de los derechos.

En los últimos años hemos visto como cada vez más los soportes analógicos han ido desapareciendo ¿Quién utiliza ya los VHS? Son pocos los que siguen utilizando los casetes de audio y soportes que han estado en el centro de la controversia de las medidas anti copia, los CDs o los DVDs parecen también estar emprendiendo el camino hacia la desaparición. Hay que ver si no al antiguo gigante de la renta de cintas VHS primero y DVD después, Blockbuster, que ha desaparecido prácticamente y al mismo tiempo, Netflix, y otros servicios de streaming tanto de películas como de música de varios países han tenido un ascenso vertiginoso.

Parece ser que cada vez más, las obras estarán disponibles en formato digital online y cada vez menos en otros soportes. A medida que esto suceda, el acceso de los usuarios a cualquier contenido estará sujeto a los términos de uso, como los que ya hemos mencionado, y a las medidas tecnológicas de protección impuestas a través de ese tipo de plataformas. Recordemos que en Europa, el art. 6.4 de la Directiva europea establece que cuando se accede a obras a través de servicios interactivos bajo demanda, se está sujeto a los términos de usuario y solo pueden realizarse entonces usos permitidos por dichas condiciones. Si, por ejemplo, los usos con fines educativos no están expresamente permitidos, entonces de acuerdo con lo dispuesto, no podrá utilizarse una obra con estos fines salvo autorización expresa del autor.

Como todas las medidas tecnológicas y términos de uso son generalmente impuestos de forma unilateral por el tenedor de los derechos, si la única forma de acceder a los contenidos es a través de este tipo de plataformas, el control de acceso y uso por parte de los tenedores de los derechos no hará más que aumentar y el espacio para los límites y excepciones al derecho de autor se verá aún más reducido.

### **5.6.2 La regulación de las medidas tecnológicas de protección en la LPI española.**

A nivel internacional, las disposiciones sobre medidas tecnológicas de protección vinculan a todos los países firmantes de los Tratados de la OMPI, incluido España. En el ámbito europeo, las disposiciones en la materia contenidas en la Directiva Infosoc son las que influyen sobre un gran colectivo de países del continente europeo y las que más efecto tienen sobre la legislación del derecho de autor en España.

Al igual que sucede con los límites, en realidad con todo el derecho de autor en general, hoy en día la legislación del derecho de autor a nivel internacional es más cohesiva que nunca y en algunos aspectos, como respecto de la regla de los tres pasos o las medidas tecnológicas de las que hablamos, la cohesión es mayor y estudiar los efectos de las disposiciones a nivel de Tratados Internacionales y de Directivas europeos permite dibujar un panorama bastante adecuado de cuál es la situación respecto de las disposiciones al respecto, cuáles son sus problemas y posibles soluciones.

Por ello, hemos estudiado a las medidas tecnológicas de protección, mayormente desde el punto de vista europeo y creemos que lo dicho debe de ser de aplicación ahora, motivo por el cual solo haremos algunos apuntes particulares respecto de las medidas tecnológicas de protección y su regulación en España.

Las medidas tecnológicas de protección están reguladas en el Título V, Libro III de la LPI, titulado “Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de los derechos.”



Este apartado de la LPI que incluye a los artículos 160 a 162 fue introducido por el apartado veintiséis del artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril (B.O.E. 8 de julio) y que entró en vigor el 28 de julio de 2006. Esto quiere decir que estas reformas son producto de la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE.

La LPI divide su regulación de las medidas tecnológicas de protección en dos partes, la regulación de las medidas propiamente dicha, junto con la prohibición de elusión de las mismas (art. 160 LPI) y la relación de los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas (art. 161 LPI).

Lo cierto es que la redacción del texto español sigue de cerca lo dispuesto en la Directiva, aunque por supuesto con sus particularidades. Al igual que dicha Directiva, la definición de lo que es una medida tecnológica se incluye en la ley española (art. 160.3):

*“toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.”*

El mismo apartado distingue a las medidas tecnológicas de las medidas tecnológicas eficaces, que son las que están en realidad protegidas por la legislación. Una medida tecnológica tiene la consideración de eficaz:

*“cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.”*

Entonces, además de poder distinguir a la medida tecnológica de la medida tecnológica eficaz, podemos identificar 1) medidas que controlan el acceso a la obra protegida, 2) medidas de control del uso de la obra protegida y siguiendo lo dicho por Garrote (2003), también podemos

identificar a las 3) medidas de identificación y rastreo de la obra protegida (que es la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual protegidas por el art. 162 LPI).

El art. 160 en su apartado 1 dispone que los titulares de derecho de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones y procedimientos previstos en la Ley contra aquellos que “a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.”

El apartado 2 del mismo artículo establece que:

*“Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:*

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o*
- b) Solo tenga la finalidad o uso comercial, limitado al margen de la elusión de la protección, o*
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.”*

Podemos identificar, al igual que hicimos en el ámbito internacional y de la Directiva, la respuesta legislativa a la posibilidad que tienen los usuarios a saltarse las medidas de protección y que se basa en el establecimiento de dos tipos de disposiciones:

- 1) La prohibición de cualquier acto de elusión de medidas tecnológicas de protección, y
- 2) La prohibición de fabricar, comercializar o distribuir en cualquier forma dispositivos o métodos que posibiliten dicha elusión.

El art. 161 LPI establece la obligación de los titulares de derechos sobre obras protegidas con medidas tecnológicas eficaces de facilitar, a los beneficiarios de los límites al derecho de autor mencionados en el mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.

El artículo ofrece un listado de dichos límites, mencionando expresamente al límite relativo a la ilustración de la enseñanza previsto en el artículo 32.2 LPI en su apartado b). Llama la atención, y es grave, como veremos a continuación, que no se mencione una sola vez el límite de cita contenido en el apartado 1 del mismo artículo 32.

Tampoco parece una buena decisión lo dispuesto por el apartado 2 del 161 LPI que establece la vía judicial civil como la única opción que tienen los particulares para exigir el cumplimiento de lo establecido en el 161.1 cuando los titulares de derechos no establezcan las medidas voluntarias a las que se refiere el mismo artículo.

Además, el citado art. 161 en su apartado 5 dispone que:

*“lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.”*

Podemos diferenciar dos problemas: por un lado, la complicada relación de las medidas tecnológicas de protección y los límites pues las primeras perjudican la existencia de los últimos. Por el otro, la preferencia que da la Ley a los contratos, que suelen manifestarse en acuerdos unilaterales de uso (los llamados términos de usuario) y que en lo que respecta a la puesta a disposición de obras en Internet (práctica cada vez más común), eliminan prácticamente la existencia de limitaciones o excepciones al derecho de autor, como ya vimos que sucedía en el derecho europeo, y que por supuesto, también se da en el ámbito doméstico español.

Según la doctrina, la principal consecuencia de toda la legislación respecto de las medidas tecnológicas de protección, es que las disposiciones jurídicas que impiden la elusión de medidas tecnológicas han sustituido el balance de intereses entre titulares de derechos sobre obras protegidas y el interés público que era garantizado por la legislación tradicional (Gasser y Girsberger, 2004:8).

### **5.6.3 La complicada coexistencia de las medidas tecnológicas de protección con los límites a los derechos de autor en la LPI.**

Que las medidas tecnológicas de protección realmente sirvan para detener la llamada piratería de contenidos protegidos es muy cuestionable. Lo que no parece cuestionable es que las medidas tecnológicas de protección pueden ser un verdadero obstáculo para el ejercicio de los límites del derecho de autor por aquellas personas legitimadas por los mismos.

El problema reside en que las medidas tecnológicas de protección son básicamente programas informáticos que bloquean y controlan el acceso a las obras. Al tratarse de “simples” programas de ordenador, las medidas de bloqueo o control no siempre pueden discriminar adecuadamente entre un usuario que pretende realizar un uso no permitido y un usuario que tiene un derecho a realizar un uso sin autorización basándose en un límite al derecho de autor reconocido en la legislación.

Con las medidas de protección, y con su legislación, se corre el riesgo de destruir por completo la efectividad de los límites y excepciones al derecho de autor y por lo tanto poner en riesgo el interés general y los derechos fundamentales que estos van encaminados a proteger.

Este problema ha sido identificado desde el principio tanto el legislador como quienes implementan las medidas de protección son conscientes del problema. Los primeros saben que es necesario que las medidas tengan mecanismos que permitan el disfrute de los límites a los derechos exclusivos, pero hasta ahora, ningún sistema de protección puede garantizar esto con solvencia (Armstrong, 2006:88).

El legislador ha respondido estableciendo excepciones a la protección de las medidas tecnológicas que permitan adecuadamente el disfrute de los límites al derecho de autor, el problema es que esas medidas legislativas no son suficientes, cuando no son directamente inefectivas (Xalabarder, 2009:158-159).

Una simple lectura del art. 161 LPI nos revela que las deficiencias en tales medidas legislativas son evidentes. Tomemos el caso del límite de cita.

Como ya hemos expuesto se trata de un límite establecido principalmente en beneficio de la protección de la libertad de expresión en la sociedad. Sin embargo, el art. 161 LPI se olvida por completo de incluirlo entre los límites que requieren de disposiciones especiales para no ser estorbados por las medidas tecnológicas de protección.

Creemos que la falta de inclusión de este límite no se da porque el legislador no tenga claro la importancia del mismo sino que se da por un total desconocimiento del mismo de cómo la tecnología funciona en la actualidad. Puede que el límite de cita no requiera de la protección contra medidas tecnológicas si hablamos de la cita tomada de un libro en formato electrónico, pero el legislador no ha pensado que la cita no recae solamente sobre la utilización de textos. También se puede citar una película o una canción como se puede citar una fotografía o pintura.

Irónicamente, parece que el legislador se ha olvidado de que las medidas tecnológicas de protección actúan sobre las obras que están en formato digital y que se ponen a disposición en Internet, y no ha tenido en cuenta las consecuencias que dichas medidas tienen sobre la cita digital. La falta de legislación en este sentido hace prácticamente imposible dicha cita, a menos que el usuario se salte las medidas tecnológicas de protección con la consecuente lesión a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

Aunque el límite de ilustración de la enseñanza si aparece en la LPI como ya hemos, no existen motivos para pensar que las excepciones a las medidas tecnológicas respecto de este límite, o respecto de cualquier otro límite que aparece en el 161 de la legislación española, sean verdaderamente efectivas.

Otro fallo garrafal de la legislación es que si bien los usuarios pueden estar legitimados por un límite al derecho de autor para desactivar una medida tecnológica de las contenidas en el art.

160.1 LPI, como en el caso de la ilustración de la enseñanza que mencionamos, lo dispuesto en el art.

160.2 prohíbe la fabricación o distribución de cualquier dispositivo, producto o componente que permita desactivar una medida de protección tecnológica.

Esto significa que aunque un profesor de la educación reglada, que esté legitimado por el límite contenido en el art. 32.2 LPI para desactivar una medida de protección y así poder utilizar una obra protegida por dicha medida en sus actividades de ilustración de una actividad educativa dentro del aula si él mismo no es capaz de fabricar o procurarse el dispositivo o procedimiento de elusión de la medida, en la práctica le será muy difícil hacerlo, o por lo menos hacerlo sin riesgo de infringir la legislación vigente.

Podemos encontrar evidencia de la poca efectividad de las medidas es la disposición del art. 161.2 en la que se establece que la jurisdicción civil es la única vía de los beneficiarios de un límite para exigir a los titulares de derechos que establezcan las medidas voluntarias o acuerdos particulares que aseguren que las medidas eficaces de protección tecnológica no impidan los usos amparados por un límite al derecho de autor. Dicho proceso ha sido criticado, como hemos dicho ya, porque el acudir a los jueces y tribunales siempre será un proceso lento y costoso. De hecho, Es muy probable que sea más costoso y difícil que conseguir la autorización del autor para explotar la obra en una determinada forma, incluyendo el pago por dicho derecho.

Por último, debemos resaltar que no se menciona al dominio público en ninguna parte de los artículos 160 o 161 LPI. Si bien las obras del dominio público pueden utilizarse libremente, pues ya no están protegidas por la Ley, parece que el legislador no ha pensado tan a futuro, al momento en que obras en formato digital que hoy están protegidas por medidas tecnológicas de protección pasen a formar parte de dicho dominio público. Si la legislación actual prohíbe en cualquier la fabricación o distribución de mecanismos de elusión, ¿se podrá garantizar al usuario un acceso a obras al dominio público si este no tiene fácil acceso a dichos medios de elusión? Salvo que la ley se

modifique, esta es otra fuente de potenciales conflictos, si bien no se presentarán en un futuro cercano.

Como exponemos a continuación, todo el sistema de protección de las medidas tecnológicas supone una seria amenaza para los límites al derecho de autor, pues corre el riesgo de hacerlos inválidos. Creemos que dichas disposiciones, y dichas medidas tecnológicas, también suponen un peligro para el dominio público, que podría verse seriamente reducido.

#### **5.6.4 Acuerdos entre particulares, medidas de protección y la anulación de los límites al derecho de autor en la LPI.**

Mencionábamos que el art. 161.5 LPI dispone que las excepciones a las medidas tecnológicas de protección en favor de los límites al derecho de autor no son de aplicación a obras o prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

Esto implica que, al igual y como se ha establecido por la Directiva Infosoc, el legislador deja en manos de los tenedores de derechos el establecer las condiciones del acceso y uso a sus obras y si en estas condiciones tienen cabida los límites al derecho de autor, y esto se hace mediante acuerdos voluntarios, pero con condiciones unilaterales impuestas por los titulares de los derechos. Esto da lugar a un auténtico derecho a controlar el acceso en donde los usuarios se ven forzados a manifestar su conformidad con políticas, términos o condiciones de usuario que en realidad son un “*todo o nada*” en donde declinar dicho acuerdo también implica no poder acceder a los contenidos de manera legal pues la única otra opción sería saltarse las medidas tecnológicas de protección lo cual por supuesto está absolutamente prohibido por la legislación.

Reiteramos lo que hemos dicho respecto de que en los últimos años cada vez más los soportes analógicos han ido desapareciendo y soportes que han estado en el centro de la controversia de las medidas anti copia, los CDs o los DVDs parecen también estar emprendiendo el camino hacia la

desaparición (mencionábamos el caso de la caída de la cadena de renta de cintas o discos en vídeo *Blockbuster*). Parece ser que cada vez más, las obras estarán disponibles en formato digital online y cada vez menos en otros soportes. Parece ser que cada vez más, las obras estarán disponibles en formato digital online y cada vez menos en otros soportes. Sitios como Netflix o Spotify que ofrecen películas y música en streaming online, obligan a estar de acuerdo con las condiciones de términos de uso si se quiere acceder a los contenidos y por supuesto, saltarse medidas anti copia o reproducir y comunicar contenidos que contravengan a esos términos de uso, puede dar lugar a la retirada de acceso al contenido o a responsabilidades jurídicas. Como la única forma de acceder a los contenidos suele ser a través de sus plataformas de software, la medida de protección recae sobre toda la plataforma y es el contrato que liga al usuario el que establece las condiciones del acceso.

En el caso de Netflix, la versión norteamericana de sus términos de uso<sup>34</sup> prohíbe, en su cláusula 6ª, cualquier uso de las obras puestas a disposición en el sitio salvo disposición expresa de los términos de usuario. Se prohíbe también la elusión de cualquier medida tecnológica de protección que recaiga sobre el software de la plataforma o los contenidos que se distribuyen en la misma.

Los términos de uso de Spotify<sup>35</sup>, que es una empresa europea, establecen los actos que no están permitidos a los usuarios en su cláusula 8. En general se prohíbe cualquier acto que no esté expresamente permitido en el contrato. En particular se prohíbe cualquier elusión de las medidas tecnológicas de protección o de la tecnología que Spotify utiliza y específicamente se permite cualquier acto de reproducción o puesta a disposición del público de las obras sin excepción por lo que no se respeta que una puesta a disposición del público o una reproducción pueda estar justificada por un límite al derecho de autor, como pueden ser los de cita o de ilustración de la enseñanza. Lo mismo sucede con los términos de Netflix que acabamos de mencionar.

---

<sup>34</sup> Que pueden leerse en <https://www.netflix.com/termsfuse> (Versión consultada el 15/04/2014).

<sup>35</sup> Sus términos de uso pueden leerse en <https://www.spotify.com/us/legal/end-user-agreement/> (versión consultada el 15/04/2014).



Entonces, si usos con fines de cita o de ilustración de la enseñanza, o cualquier actividad educativa en general, no están previstos en los términos de uso, que son contratos privados, lo único que quedaría es que el usuario busque obtener la autorización expresa del dueño del contenido, que además deberá de facilitar la forma de desactivar las medidas tecnológicas de protección. Resulta obvio cómo esto da un control desmedido al tenedor de los derechos, que puede simplemente ignorar cualquier límite al derecho de autor establecido en la legislación.

A medida que el acceso a través de este tipo de plataformas vaya en aumento, cada vez más, el acceso de los usuarios a cualquier contenido estará sujeto a los términos de uso, como los que ya hemos mencionado, y a las medidas tecnológicas de protección impuestas a través de ese tipo de plataformas. Ante esta situación, en la práctica, difícilmente quedará espacio para los límites al derecho de autor dentro de la legislación.

Gracias a las disposiciones previstas en la Ley, la realidad es que queda en manos de empresas particulares, que muchas veces son los mismos tenedores de los derechos de autor, o bien están interesados en la protección de los contenidos de estos por sus propias metas comerciales, ser los guardianes de los límites a sus propios derechos, con el correspondiente conflicto de intereses que esto supone.

Retomemos nuestro caso práctico, el de canales de VOD utilizados con finalidades educativas dentro del ámbito universitario para ilustrar como las medidas tecnológicas de protección y su regulación interfieren con el disfrute de los límites al derecho de autor y por lo tanto con las actividades educativas dentro de la Universidad.

#### **5.6.5 Canales de VOD y medidas tecnológicas de protección: problemas con el acceso a los contenidos.**

Como sabemos, las medidas tecnológicas de protección controlan el acceso a las obras. En el caso de las obras audiovisuales también impiden, generalmente, cualquier otra acción sobre el mismo

más allá del visionado. No solo suelen impedir que el usuario pueda realizar una copia digital del mismo contenido, también impiden que se extraigan fragmentos de la obra audiovisual, es decir, los clips de los que hablamos que son utilizados en los canales de VOD de e-Televisión.

También sabemos que la legislación española e internacional prohíben la elusión de las medidas de protección y también la distribución de dispositivos o programas informáticos que permitan desactivar dichas medidas. Los tenedores de los derechos sobre las obras en cuestión están obligados a facilitar a los beneficiarios de un límite al derecho de autor, cuando pueden ser considerados como usuarios legítimos, los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad.

Como hemos visto, es posible argumentar que los canales de VOD de los que hablamos pueden ampararse o bien en el límite de cita o bien en el de ilustración de la enseñanza según lo dispuesto en la legislación vigente y es incuestionable que en uno o en otro, por lo menos el profesor podrá ser considerado como un usuario legítimo puesto que cumplen con el requisito de haber tenido acceso legalmente a las obras que se pretenden utilizar. Esto es así debido a que en el caso particular de las obras utilizadas en los canales académicos de la Complutense se ha accedido a copias en DVD que forman parte del acervo de la biblioteca de la Universidad.

Sin embargo, el problema que se presenta por el texto del 161 LPI vigente es debido a que dicho artículo contiene una lista cerrada de límites que son los que requieren que el tenedor de los derechos de acceso al beneficiario y entre esos límites si está el límite de ilustración de la enseñanza previsto en el 32.2 (inciso c) pero no está por ningún lado el límite de cita contenido en el 32.1.

El hecho de que los canales de VOD han utilizado fragmentos de obras extraídas de DVDs sujetos a medidas tecnológicas de protección, a pesar de que estos pertenecen al acervo de la biblioteca de la Universidad Complutense, nos hace plantearnos qué efectos tiene la protección de dichas medidas sobre la iniciativa estudiada, sobre todo pretendiendo ilustrar a qué podrían

enfrentarse otras iniciativas similares que no consigan tener el mismo acceso a las obras y en las mismas condiciones que los canales de e-Televisión han tenido.

Aunque se ha accedido a las obras protegidas que se pretenden utilizar de manera legal como hemos dicho, si las medidas de protección siguieran activas, no habría manera alguna de justificar la desactivación o elusión de una medida tecnológica de protección o de exigir que el tenedor de los derechos desactivara dichas medidas si lo que se invoca es un uso basado en el límite de cita.

Esto significaría que para poder exigir la desactivación de las medidas tecnológicas de protección, tendríamos que dar marcha atrás y recomendar entonces que los usos se amparen en el límite de ilustración de la enseñanza a pesar de que como ya hemos concluido, este es mucho más restrictivo.

Si se tratara de obras puestas a disposición online, entonces cabría la posibilidad de que el profesor tenga que atenerse a lo dispuesto en uno de los contratos online de los hemos hablado, es decir los términos de usuario que mediante previo pago permiten acceder a los contenidos. En ese caso, si puede ser que el tenedor de los derechos autorice que sus obras sean utilizadas con la finalidad de realizar una cita amparada en el art. 32.1 LPI pero por supuesto habrá que atenerse a la voluntad de dicho tenedor de los derechos quien tiene el derecho a decidir si desea hacerlo o no.

La interferencia de las disposiciones en materia de medidas tecnológicas de protección parece impedir el que podamos amparar a los canales VOD en el límite de cita y la única opción que nos quedaría sería ampararnos en el límite de ilustración de la enseñanza con las consecuencias que esto tiene en la legislación española. Como ya hemos expuesto en el capítulo anterior, al analizar nuestro caso práctico, el límite de ilustración de la enseñanza es mucho más restrictivo que el de cita, y amparar los canales de e-Televisión bajo dicho límite supone limitar sustancialmente lo que puede hacerse con ellos.

### **5.6.6 Posibles soluciones al conflicto entre la regulación de las medidas tecnológicas de protección y los límites al derecho de autor.**

Los mismos problemas con la regulación de las medidas tecnológicas se presentan en la legislación internacional, europea y en las legislaciones nacionales, como la LPI española, y también en sistemas jurídicos diferentes al nuestro, como el norteamericano.

Las medidas tecnológicas de protección son inefectivas. La legislación que prohíbe elusión es poco efectiva e incluso la prohibición de fabricar o distribuir medios técnicos de elusión de dichas medidas es poco efectiva. Basta con hacer una búsqueda en Internet y se encontrarán infinidad de opciones tanto gratuitas como de pago. Utilizarlas resulta sumamente sencillo.

Toda la legislación en el asunto produce gran rechazo entre los círculos académicos y no es para menos a la luz de los problemas que se señalan. Se considera que debido a que las medidas tecnológicas no son efectivas, o por lo menos existen serias dudas de que lo sean, entonces el precio que hay que pagar, en el sentido de que parecen reducir o anular los límites al derecho de autor, es demasiado alto para resultados y desempeño tan pobres.

Aún si las medidas de protección fueran altamente efectivas y pudieran controlar el uso y el acceso con solvencia, y claramente no lo son, la manera en que interfieren con los límites al derecho de autor y por lo tanto en los derechos de los usuarios, el interés público y las libertades fundamentales es inaceptable.

Las medidas tecnológicas de protección son además nocivas para el equilibrio de intereses entre titulares de derechos y usuarios, y la legislación es también inadecuada. No es descabellado el que cierto sector de la doctrina la vea con sospecha, y detecte que los intereses de unos cuantos, los que han logrado tener mayor influencia y poder, se han impuesto sobre el interés general.

No es exagerado decir que la legislación es simplemente mala y que los legisladores simplemente no han estado a la altura en cuanto a lo que han elegido disponer en cuanto a medidas tecnológicas de protección.

Por más que se reconozca que existe el interés general y es necesario procurar un espacio para que los límites al derecho de autor puedan existir junto con las medidas tecnológicas, las disposiciones al respecto son incapaces de garantizar esto.

Un ejemplo es que, tanto en Estados Unidos como en Europa, aún cuando las disposiciones reconocen el acceso en ciertos casos como la copia privada, para proteger la libertad de expresión o con finalidades educativas, la misma Ley prohíbe en todo caso el acceso a los medios técnicos necesarios para desactivar las medidas de protección. Como hemos dicho, se permiten las latas, pero se prohíben los abrelatas y la realidad es que, para disfrutar de un límite establecido en la legislación, termina siendo necesario incumplir con dicha legislación.

El legislador ha decidido el dejar en manos de los titulares de los derechos el establecer las medidas tecnológicas y las condiciones de acceso a las obras, esperando que los mismos garanticen adecuadamente el respeto a los límites al derecho de autor y estableciendo medidas muy débiles para cuando esto no sucede.

Se ha fortalecido la cultura del “pago por acceso” en el que solo si se está de acuerdo con todas las condiciones, generalmente unilaterales, establecidas por el tenedor de los derechos, se podrá tener acceso a la obra, se esté amparado en un límite o no. Así, los límites al derecho de autor sucumben a condiciones contractuales, que aunque pueden ser acuerdos entre partes, en la práctica lo cierto es que se trata de condiciones establecidas unilateralmente, y las que no queda más remedio que aceptar, so pena de no poder acceder al contenido de manera alguna o de infringir la ley y ser por tanto sujeto a responsabilidades.

Para mayor *INRI*, como se dice, cuando la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de confrontar un límite a los derechos de autor con las medidas de protección, ha dado la razón al titular de los derechos, interpretando que los límites al derecho de autor no son derecho positivo. (Ver el análisis del caso *Mulholland Drive* en la sección en donde se analiza la regla de los tres pasos en tribunales de países europeos, en este mismo capítulo).

Nos parece claro que una reforma de la legislación al respecto es necesaria. Un principio de solución es tener límites al derecho de autor más fuertes y flexibles, por eso hacemos propuesta de *lege ferenda* sobre la legislación del derecho de autor. En esto coinciden Gasser y Silke (2006:6).

¿Cuál debe de ser una solución definitiva? ¿Será necesario deshacerse por completo de la protección jurídica a las medidas tecnológicas? Se dice que de hacer esto, se corre el riesgo de que el balance del equilibrio se incline demasiado a los usuarios, dejando sin armas a los titulares de derechos para protegerse de la reproducción y comunicación indiscriminada de sus obras a través de Internet.

Como hemos visto, existe cierta tendencia a ofrecer contenidos libres de medidas anti copia, pero existe un aumento en el uso de acuerdos con condiciones unilaterales que dejan pocas opciones a los usuarios.

A medida que los contenidos solo sean, en su mayoría, accesibles a través de plataformas de distribución y acceso de contenidos por medios digitales, lo que sucederá es que el control de acceso y el uso solo irán en aumento, con el consecuente desplazamiento del interés general.

Aunque superficialmente parezca ser lo contrario, no parece que el renunciar a las medidas de control por parte de los tenedores de los derechos esté cerca. Entendemos que se puede esperar lo mismo de la legislación y la protección jurídica de dichas medidas continuará.

Una solución concreta podría ser modificar la legislación para no dejar en manos de los tenedores de los derechos exclusivos, a través de disposiciones contractuales y términos de uso, el

garantizar el espacio para los límites al derecho de autor. Es necesario que el legislador adquiriera un papel más activo para garantizar el interés general y se devuelva así el equilibrio a la legislación en la materia y así se protejan adecuadamente los intereses de todas las partes (Ibíd.:8).

Tenemos que diferir con Gasser y Silke pues consideramos que las medidas voluntarias deben de estar en un segundo plano. Las garantías que el legislador debe proveer a los beneficiarios de límites al derecho de autor son las que deben primar.

Es importante que el legislador recuerde que hay derechos fundamentales en juego, y que estos son de carácter superior a los derechos económicos que se protegen a través de los derechos de explotación.

Está claro que las medidas tecnológicas de protección van encaminadas a proteger derechos exclusivos, pero poco pueden hacer respecto de la protección de derechos morales, que de todas maneras son inalienables y por lo tanto no están sujetos a límites. De nuevo, estamos ante un problema que se presenta, porque quizás, el legislador ve a los derechos de autor y su protección desde un punto de vista meramente económico. Ni siquiera se ha pensado realmente en la protección de los autores, solo del carácter comercial de las obras. Mucho menos se puede esperar que el legislador haya tenido en cuenta a los usuarios o la defensa de derechos de mayor categoría que los derechos que permiten la explotación comercial de las obras.

No existe motivo para que los contratos entre particulares y términos de uso desaparezcan, al fin y al cabo son acuerdos entre partes, y este tipo de acuerdos sin duda son parte importante de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, en ningún caso deberían de ser la primera y principal medida para garantizar el respeto a las medidas tecnológicas y mucho menos para controlar el acceso y uso de los contenidos. La defensa y garantía de ciertos derechos fundamentales está en juego, y por lo tanto es necesario que el Estado sea el primero que intervenga. Es necesario también que las autoridades tengan mayor poder de vigilancia sobre los términos de usuario, a fin de garantizar

adecuadamente la protección del usuario y al interés general. Esto puede hacerse por ejemplo, a través de los estamentos del Estado destinados a proteger al consumidor.

Uno de los mayores problemas reside en las medidas tecnológicas mismas, y no directamente de la forma en que están reguladas pues las mismas no tienen la capacidad, o por lo menos no son muy competentes, de discriminar con solvencia entre los distintos tipos de usuarios y los usos autorizados o permitidos por la legislación.

Nos inclinamos a pensar que a la vista de lo nocivas que resultan las medidas de protección para el equilibrio de intereses entre las partes y para los límites al derecho de autor, que las mismas deberían de ser suprimidas, pero como hemos dicho, no esperamos que eso suceda a pesar de que está claro que dichas medidas no son para nada efectivas.

Mason (1996:1065) propone una solución diferente: que los derechos sean reconocidos a los autores durante unos cinco años (el mismo autor reconoce que este plazo es arbitrario) y que puedan buscar con cualquier tipo de uso que se haga sobre su obra, incluyendo, por ejemplo, los usos educativos. Durante este tiempo por supuesto, las medidas tecnológicas podrán ser tan férreas como se requiera, pues el control del autor o el tenedor de los derechos será total. Mason habla entonces de reducir la duración de la protección, a cambio de que la misma sea lo más férrea posible, valiéndose también de la tecnología para ello.

La solución de Mason parece un poco fuera de lugar en este momento, pero en el siguiente capítulo volveremos a ella y a soluciones similares que buscan la reducción del plazo de protección a los autores. Estas soluciones suelen tener en común un objetivo: el fortalecimiento del dominio público.

Se ha propuesto como solución que más que suprimir la regulación de las medidas, u obligar a los tenedores a suprimir las mismas, lo realmente útil sería trabajar con la tecnología y el diseño de



las medidas. El argumento es que tener unas medidas que funcionen adecuadamente puede contribuir a garantizar el balance de intereses.

En su obra, Armstrong (2006) propone diseñar mejor las medidas tecnológicas para que puedan proteger adecuadamente los intereses de las partes. Su propuesta es válida, pero en nuestra opinión también es absolutamente necesario deshacerse de disposiciones que prohíben la comercialización o distribución de tecnología que permite la elusión de las medidas tecnológicas, por lo menos en los casos en que un uso esté amparado por un límite, pues si se establecen excepciones a saltarse las medidas tecnológicas pero no al acceso a la tecnología que permite su elusión, en realidad se apea de la posibilidad del uso a una gran cantidad de usuarios que no posean capacidades para eludir las medidas por sus propios medios. Eliminar estas disposiciones también permitirá eliminar el riesgo de que las medidas tecnológicas, aún si son rediseñadas con la mayor habilidad, no sean tan efectivas a la hora de garantizar los intereses del usuario. Es simple, no tener legislación que prohíba acceder a medios de elusión permitirá al usuario legítimo deshacerse de las medidas si estas no son las adecuadas.

### **5.7 Conclusiones al capítulo.**

En el capítulo anterior hemos podido comprobar la situación de los límites de cita e ilustración de la enseñanza según están previstos en el art. 32 de la vigente LPI. A día de hoy son límites restrictivos e incluso redundantes entre sí, fallando en realmente ser un complemento entre sí, en detrimento de beneficiarios como profesores, alumnos e investigadores. Ambos límites no logran proteger adecuadamente al interés general y particularmente a derechos como la libertad de expresión, el acceso a la cultura y la información y el derecho a la educación. Además, están pobremente preparados para hacer frente a los retos que plantean Internet y los medios digitales y ello a más de una década de la entrada en vigor de la Directiva 2001/29/CE que pretendía adaptar el derecho de autor europeo a la Sociedad de la Información.

Hemos querido esperar hasta este capítulo 5 para presentar nuestra propuesta puesto que era necesario analizar la situación de la regla de los tres pasos contenida en la legislación del derecho de autor actual y los efectos que la misma tiene sobre los límites. Como la regla de los tres pasos se encuentra vigente, era necesario analizar cada uno de los pasos para después poder valorar si nuestras propuestas de *lege ferenda* se ajustan o no con dicha regla de los tres pasos, a pesar de que no estamos de acuerdo con la forma en que la misma existe y se interpreta en la actualidad.

Antes de presentar nuestras propuestas nos hemos detenido a analizar un gran obstáculo para todos los límites en general: las medidas tecnológicas de protección, que también se han incorporado a la legislación del derecho de autor mediante los Tratados Internacionales. Dichas medidas tecnológicas de protección representan un peligro tan mayúsculo para los límites al derecho de autor que ni siquiera nuestras propuestas de *lege ferenda* serán de verdadera utilidad a menos que se haga algo al respecto.

Siguiendo el orden del capítulo, primero presentamos nuestras conclusiones respecto de la regla de los tres pasos, nuestras propuestas de *lege ferenda* y por último nuestras conclusiones respecto de la legislación que regula a las medidas tecnológicas de protección.

#### **5.7.1 La regla de los tres pasos.**

Sin duda, una de los principales obstáculos a la adopción de límites flexibles al derecho de autor es la regla de los tres pasos.

El lenguaje de la regla de los tres pasos según aparece en el Convenio de Berna bien podría dotar de flexibilidad a la legislación pero por el contrario, ha contribuido a una legislación más incierta y restrictiva, en primer lugar debido a la forma en que las condiciones de la regla se han endurecido a medida que han aparecido en otros Tratados Internacionales como el Acuerdo de la ADPIC y el Tratado de la OMPI y en segundo, debido a la interpretación restrictiva de la misma regla hecha en el panel de la OMC.

En los Tratados Internacionales la regla de los tres pasos opera como una restricción del accionar del legislador nacional, quien deberá cumplir con cada uno de los tres pasos para poder establecer un límite específico dentro de su legislación doméstica. El problema es que una interpretación restrictiva de la misma regla constriñe demasiado el accionar del legislador e impide al mismo el adoptar límites al derecho de autor que sean lo suficientemente flexibles para adaptarse a los cambios que experimenta la sociedad y que se ven aumentados por los avances tecnológicos que producen nuevos puntos de tensión entre los derechos de las distintas partes involucradas.

Puede ser que el tercer paso de la regla sea en realidad el más importante de los tres, pero la interpretación que se hace actualmente de la regla lo ha dejado relegado a un segundo plano. La interpretación restrictiva del panel de la OMC obliga a una aplicación cumulativa de los tres pasos de la regla. Esto quiere decir que si no se cumple el primer paso, el límite deberá ser invalidado sin necesidad de analizar el segundo.

De la misma manera, si se cumple el primero, pero no el segundo, el límite deberá ser considerado como inválido sin necesidad de entrar a valorar el tercer paso de la regla. El problema está en que esto obliga a dar mayor peso a los aspectos económicos de la regla de los tres pasos, en concreto al segundo paso de la misma que valora si un límite afecta a la explotación normal de la obra. Cuando se analiza la afectación económica que tiene un límite sobre una obra no se analiza también si existe una justificación válida para afectar a los intereses legítimos del autor, como puede ser el interés general o la defensa de los derechos fundamentales.

El escrutinio de un límite bajo estos criterios puede dificultar que incluso límites como el de cita e ilustración de la enseñanza y la investigación tengan problemas para ajustarse a la regla de los tres pasos y por consiguiente puede ser que un límite que guarda relación directa con derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho a la educación, corra el peligro de poder ser invalidado o no adoptado en la legislación nacional.

El problema que hemos descrito se presenta también dentro del derecho de la Unión europea, en donde la regla de los tres pasos, establecida en el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE, no solo es vista como un criterio dirigido al legislador sino también como un criterio de interpretación a la hora de aplicar los límites y que debe de ser tomado en cuenta por los tribunales nacionales. Incluso algunos países han incorporado la regla de los tres pasos en sus legislaciones nacionales y en otros, aunque la regla no esté en el ordenamiento doméstico, los tribunales han aplicado la regla de los tres pasos a casos concretos de conflicto a la hora de interpretar límites al derecho de autor.

Desde su concepción en los Tratados Internacionales la regla de los tres pasos ha presentado el problema de la falta de elaboración en cuanto al significado de cada uno de los pasos lo que dificulta la aplicación de la misma, y dentro del derecho de la Unión Europea, la aplicación uniforme de esta, lo que genera incertidumbre e inseguridad jurídica pues su aplicación varía a nivel nacional y esto tiene consecuencia que tampoco pueda haber uniformidad en la protección de derechos y libertades fundamentales a través de los límites al derecho de autor.

Como hemos dicho, en los tribunales nacionales de varios países de la Unión Europea se ha aplicado la regla de los tres pasos a casos concretos y esto se ha hecho de formas muy diferentes. Cuando la regla ha sido interpretada de manera restrictiva, se ha decidido que la misma sirve para invalidar un límite al derecho de autor, especialmente a la hora de aplicar dicho límite a los medios de explotación digitales. El resultado de esto es la inseguridad jurídica para el usuario pues no habrá manera de saber, antes de la interpretación judicial, si un uso está verdaderamente amparado en un límite o no. Esto puede desincentivar cualquier tipo de uso sin la autorización del autor, aunque en principio pueda estar amparado en un límite establecido en el ordenamiento interno. Así, como se estableció en el caso *Mulholland Drive* en los tribunales franceses, los límites al derecho de autor no son derecho positivo, pues es necesario que pasen el escrutinio de la regla de los tres pasos para ser considerados como válidos.

En las interpretaciones restrictivas, se “hereda” el problema de la interpretación cumulativa dictada por la interpretación internacional y así, también a nivel europeo el segundo paso, criterio absolutamente económico, y esto no permite sopesar adecuadamente la protección de las libertades fundamentales y el interés general. En todos los casos en que por aplicación restrictiva de la regla se ha desechado un límite, se ha hecho fundamentalmente porque se ha identificado que afectaba a la explotación normal de la obra y no se ha tomado en cuenta si había alguna causa justificada para afectar a los intereses del autor.

Otro problema, y este es común tanto para interpretaciones restrictivas como flexibles es que los pasos no han sido adecuadamente definidos por los tribunales lo que contribuye a que persista la incertidumbre en cuanto a la aplicación de la regla. En los casos en que la regla ha sido interpretada de manera flexible, el problema de la inseguridad jurídica aparece porque no se elabora sobre el significado de los pasos de la regla, que tampoco están definidos en los ordenamientos jurídicos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la regla de los tres pasos es un criterio de interpretación que debe dirigirse a los jueces y tribunales nacionales, pero desafortunadamente ha optado también por una interpretación restrictiva de la regla de los tres pasos y de los límites al derecho de autor. Con esta decisión (el caso Infopaq que hemos estudiado) no se consigue la meta de armonizar criterios sobre el derecho de autor en la Unión Europea. Lo único que se ha conseguido generalizar el problema de la inseguridad jurídica y la falta de balance entre los intereses de las partes, no dando el lugar adecuado a la valoración de los intereses de la sociedad y los derechos fundamentales respecto de los intereses económicos, que propicia la misma regla de los tres pasos.

La falta de balance entre los intereses de las partes, a la luz de la decisión del TJUE se presenta de manera más general, y no se debe solamente a la preeminencia que se ha dado a los aspectos económicos de la regla de los tres pasos. La decisión del Tribunal sirve para extender la regla de los tres pasos como un instrumento para prohibir cualquier interpretación flexible de todo

límite al derecho de autor al mismo tiempo que permite una interpretación amplia y flexible de la protección a los derechos exclusivos del autor con la consecuente de protección del interés general y los derechos fundamentales.

Las interpretaciones restrictivas de la regla de los tres pasos, tanto del panel de la OMC en el plano de los Tratados Internacionales, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito comunitario, han robado a la misma de todas sus características positivas, en especial la posibilidad de la misma de ser un instrumento que permita flexibilidad en la aplicación de los límites al derecho de autor sobre todo al aplicarlos cuando los usos de las obras protegidas se hacen en el ámbito de los medios digitales e Internet.

Es necesario repensar la regla de los tres pasos para poder tomar en cuenta los intereses de todas las partes de manera adecuada. No debe realizarse una aplicación cumulativa de los pasos de la regla pues esto da un peso excesivo a los criterios económicos e impide considerar casos en los que, por motivos de interés general y derechos fundamentales, está justificado afectar a los intereses legítimos de los autores. Mucho menos debe mantenerse la interpretación tan restrictiva, no solo de la regla, si no de los límites al derecho de autor que ha hecho el TJUE.

Quizás la solución sea eliminar la concepción actual de la regla de los tres pasos y replantear la misma de tal manera que se potencien sus cualidades de flexibilidad, pues el lenguaje de la misma puede ser interpretado de tal forma que tenga un carácter abierto que permita una mayor adaptabilidad de la legislación a los retos que plantean las nuevas tecnologías y a los cambios en la sociedad, que suceden cada vez más rápido impulsados por las mismas tecnologías. Hacer esto es de suma importancia pues la regla de los tres pasos afecta a todo el sistema de límites al derecho de autor. Un replanteamiento de la misma nos puede ayudar a fortalecerla. Más adelante analizamos cuál puede ser dicha alternativa.

### **5.7.2 El límite de cita y la propuesta de *lege ferenda* sobre el párrafo primero del art. 32.1 LPI.**

Lo analizado en el capítulo 4 respecto del límite de cita nos ha llevado a la conclusión de que es necesaria una propuesta de *lege ferenda* que recaerá sobre el párrafo primero del apartado 1 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En ese sentido, nuestra propuesta para una modificación de lo dispuesto respecto del límite de cita es la siguiente:

*“Art. 32.1 Es lícita la utilización de cualquier obra a título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico, cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material, siempre que se haga a partir de obras puestas lícitamente a disposición del público salvo que no pueda comprobarse que lo han sido, siempre que se haga en la medida justificada por el bien perseguido, se haga buen uso de la obra citada y siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra. En todo caso será necesario mencionar la fuente y el nombre del autor, cuando esto sea posible.”*

En la parte correspondiente de este capítulo, hemos analizado elemento a elemento cada uno de los que componen a nuestra propuesta, indicando los motivos para incluir dichos elementos dentro de su redacción, cómo deben interpretarse dichos elementos, que objetivos cumplen y el modo en que se adecúan a la regla de los tres pasos como está concebida tanto en la legislación internacional como en el ámbito de la LPI española.

Dicha propuesta de *lege ferenda* también es un llamado a la acción para los legisladores españoles quienes esperamos la consideren dentro de una propuesta de modificación a la legislación de propiedad intelectual vigente en España.

### **5.7.3 El límite de ilustración e la enseñanza y la propuesta de *lege ferenda* sobre el art. 32.2 LPI.**

Valorando todo lo dicho en el capítulo anterior hemos querido proponer modificaciones al art. 32.2 LPI que permitan que el ordenamiento legal español tenga un límite de ilustración a la enseñanza menos restrictivo en cuanto a la naturaleza y extensión en el uso de obras bajo el amparo de este límite y más incluyente en cuanto a sus beneficiarios, permitiendo a profesores, alumnos e investigadores de centros públicos y privados ampararse en este límite para ilustrar sus actividades educativas o de investigación. Hemos querido un límite más abierto, que esté mejor preparado para ser aplicado en plataformas online y que se complemente bien con un límite de cita como el que también hemos propuesto.

Así, hemos hecho presentado una propuesta de *lege ferenda* que recae sobre la totalidad del apartado 2 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En el apartado correspondiente de este capítulo 5, hemos analizado elemento a elemento cada uno de los que componen a nuestra propuesta, indicando los motivos para incluir dichos elementos dentro de nuestra redacción propuesta, cómo deben interpretarse dichos elementos, qué objetivos cumplen y el modo en que se adecúan a la regla de los tres pasos como está concebida tanto en la legislación internacional como en el ámbito de la LPI española.

Esta propuesta de *lege ferenda* también es un llamado a la acción para los legisladores españoles quienes esperamos la consideren dentro de una propuesta de modificación a la legislación de propiedad intelectual vigente en España.

Nuestra propuesta para una modificación de lo dispuesto respecto del límite de ilustración de la enseñanza es la siguiente:

*“Art. 32.2. No se necesitará de autorización para la utilización de obras, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica. Dichas actividades podrán darse indistintamente en el aula o fuera de ella e incluirán actividades educativas o de investigación a distancia y online o cualquier otro*



*método equiparable. La utilización de obras solo podrá hacerse en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas. Salvo en los casos en que resulte imposible, deberá indicarse la fuente, con inclusión del nombre del autor.”*

En el capítulo anterior hemos podido comprobar la situación de los límites de cita e ilustración de la enseñanza según están previstos en el art. 32 de la vigente LPI. A día de hoy son límites restrictivos e incluso redundantes entre sí, fallando en realmente ser un complemento entre sí, en detrimento de beneficiarios como profesores, alumnos e investigadores. Ambos límites no logran proteger adecuadamente al interés general y particularmente a derechos como la libertad de expresión, el acceso a la cultura y la información y el derecho a la educación. Además, están pobremente preparados para hacer frente a los retos que plantean Internet y los medios digitales y ello a más de una década de la entrada en vigor de la Directiva 2001/29/CE que pretendía adaptar el derecho de autor europeo a la Sociedad de la Información.

Hemos hecho entonces dos propuestas de *lege ferenda* que recaen sobre el citado art. 32 LPI con la esperanza de que sirvan de guía para que el legislador acometa reformas que mejoren la situación.

#### **5.7.4 Las medidas tecnológicas de protección y los límites de cita e ilustración de la enseñanza.**

A pesar de los problemas que hemos encontrado en los límites específicos de cita e ilustración de la enseñanza, tanto a nivel internacional como a nivel europeo, creemos que estos no son la principal amenaza para el balance de intereses entre la protección del autor y los legítimos tenedores de los derechos de autor y derechos conexos y el interés general de los usuarios, que hemos especificado también en la libertad de expresión y el derecho a la educación, aunque existen otros derechos fundamentales e intereses de la colectividad en juego, como hemos mencionado en

capítulos anteriores. Quizás la principal amenaza para el equilibrio esté en la regulación de las medidas tecnológicas de protección, incluso más que en la regla de los tres pasos.

El problema con ambos parece partir de un punto en común y es el considerar al derecho de autor y establecer, interpretar y aplicar a los límites al derecho de autor desde un punto de vista meramente económico, dejando fuera de la cuestión los otros intereses que hemos mencionado.

Las medidas tecnológicas de protección presentan además otro problema que viene dado por la misma tecnología en sí, incapaz de diferenciar entre un usuario legítimo, que tiene derecho a un uso basándose en un límite al derecho de autor y un usuario que podría realizar un acto no autorizado, motivo por el cual el límite ha sido adoptado.

Sin duda el legislador, debe haber podido identificar desde el principio el problema que existe en la legislación protección para estas medidas tecnológicas. Esto nos hace pensar que en su decisión de legislar de esta forma únicamente han pesado criterios puramente económicos: cómo asegurar que el legítimo tenedor de los derechos de autor pueda controlar el acceso y el uso de sus obras en los medios digitales y poder continuar así explotando las mismas, intentando mantener el *status quo* del ámbito analógico, pero en el ámbito online.

Las medidas tecnológicas en sí son un problema, pues crearon un control total del acceso, quizás más férreo que en el ámbito analógico y con el peligro de eliminar la efectividad de los límites al derecho de autor con la consecuente afectación del interés general y los derechos fundamentales que estos protegen.

Podemos decir que el legislador "completó la hazaña" con la forma en que se ha elegido proteger a estas medidas de protección con lo que llamamos la doble protección: la prohibición de cualquier acto de elusión de una medida de protección tecnológica y la prohibición de la fabricación y comercialización de cualquier tecnología que permita eludir una medida de protección.

Aunque el legislador reconoció la necesidad de preservar la efectividad de los límites al derecho de autor, y establece excepciones en los que se podía saltar una medida tecnológica, no lo hizo adecuadamente pues al estar prohibida la tecnología, en la práctica, cualquiera que por excepción (por ejemplo la copia privada, la cita o la ilustración de la enseñanza) estuviera autorizado a saltarse una medida de protección, no podrá hacerlo pues salvo que tenga los conocimientos técnicos para crear un sistema de elusión no podrá adquirir dicho sistema. Es la misma legislación la que perpetúa el problema.

En el derecho de la Unión Europea, la guinda del pastel la pone la decisión del legislador de dejar en manos de los titulares de los derechos el establecer medidas tecnológicas y las condiciones de acceso a las obras, confiando en que los mismos garanticen un espacio en que los límites al derecho de autor puedan existir. Lo que esto genera es un fortalecimiento de ese derecho de "control del acceso y el uso" que se ejerce según lo decide el titular de los derechos sobre la obra y el fortalecimiento de la llamada cultura del "pago por acceso."

La potestad dada al titular de los derechos se manifiesta en el ámbito online, en los llamados términos de uso, que usualmente contienen condiciones unilaterales que el usuario no tiene más remedio que aceptar si tan siquiera pretende acceder a una obra. En dichos términos se establecen los usos permitidos y en los más abusivos puede ser que se anulen "por contrato" cualesquiera límites a los derechos exclusivos en los que un usuario podría ampararse para realizar un uso. Además, a medida que los contenidos sean únicamente accesibles a través de medios digitales y online, como apuntan las tendencias, el control del acceso y el uso solo irá en aumento, con el consecuente desplazamiento de los límites al derecho del autor y las consecuencias negativas de esto sobre el interés general y los derechos fundamentales.

Creemos imperativo modificar la legislación y que el legislador adquiriera un papel más activo, con prioridad sobre las condiciones contractuales para así poder garantizar el interés general y así se puedan proteger adecuadamente los intereses de todas las partes involucradas y no solo los intereses

económicos de los titulares de los derechos, pues recordemos, existen intereses de una categoría incluso superior que se están dejando de lado. Los contratos y términos de uso no deben de ser la primera y principal medida para garantizar el respeto a las medidas tecnológicas y controlar el acceso.

Es necesario además eliminar o adecuar la prohibición a la creación y distribución de tecnología que permita eludir las medidas tecnológicas, por lo menos asegurar que las excepciones cubran también el adquirir tecnología sin que esto sea una infracción a la legislación.

En España, como a nivel internacional y tal y como manda la Directiva Infosoc, se regula a las medidas tecnológicas de una forma muy similar. La LPI las en los arts. 160 al 162.

Las medidas tecnológicas eficaces, que son las protegidas por la Ley son de tres tipos: las que controlan el acceso a la obra protegida, las que controlan el uso de la obra protegida, reguladas por los artículos 160 y 161. Por último, las que sirven para identificar y rastrear la obra protegida, que son los sistemas de información para la gestión de derechos de autor y están reguladas por el art. 162 LPI.

En el art. 160 se establece una protección jurídica doble para estas medidas: se prohíbe cualquier acto de elusión de las medidas tecnológicas de protección y se prohíbe también fabricar, comercializar o distribuir en cualquier forma dispositivos o medios que posibiliten dicha elusión.

Como hemos expuesto, un problema con las medidas es que a pesar de su protección jurídica, las mismas medidas han resultado inefectivas para proteger a las obras sujetas a la protección de la Ley y a pesar de las disposiciones que lo prohíben, basta una simple búsqueda de Internet para encontrar una pléyade de medios técnicos que posibilitan su elusión de manera relativamente sencilla.

Además de que las disposiciones en este asunto no parecen cumplir con sus objetivos, la principal consecuencia de toda la legislación respecto de las medidas tecnológicas de protección, como dice la doctrina es que las medidas que impiden la elusión de las medidas afectan severamente a los límites al derecho de autor y en la práctica se transfiere a los titulares de los derechos de autor

sobre las obras la potestad de elegir cuándo un usuario legítimo puede disfrutar de un límite. Así, en el plano de las obras en formato digital, se deja de lado al sistema de límites al derecho de autor legalmente establecido.

Las medidas tecnológicas de protección son básicamente programas informáticos que bloquean y controlan el acceso a las obras. Al tratarse de “simples” programas de ordenador, las medidas de bloqueo o control no siempre pueden discriminar adecuadamente entre un usuario que pretende realizar un uso no permitido y un usuario que tiene un derecho a realizar un uso sin autorización basándose en un límite al derecho de autor reconocido en la legislación. El riesgo está en que se puede destruir por completo la efectividad de los límites y excepciones al derecho de autor y por lo tanto poner en riesgo el interés general y los derechos fundamentales que estos van encaminados a proteger.

El art. 161 permite a los usuarios legitimados por un límite al derecho de autor desactivar una medida tecnológica de las contenidas en el art. 160.1 LPI, como en el caso de la ilustración de la enseñanza que mencionamos, sin embargo, lo dispuesto en el art. 160.2 prohíbe la fabricación o distribución de cualquier dispositivo, producto o componente que permita desactivar una medida de protección tecnológica.

Esto significa que aunque se permita a un usuario desactivar una medida de protección en virtud de un límite y así poder utilizar la obra para los fines amparados en dicho límite, si dicho usuario no es capaz de fabricar o procurarse el dispositivo o procedimiento de elusión de la medida, en la práctica le será muy difícil hacerlo, o por lo menos hacerlo sin riesgo de infringir la ley vigente.

Las deficiencias del art. 161 son obvias. Una muy llamativa es que se establece una lista exhaustiva de límites en favor de los beneficiarios de los cuales, los tenedores de los derechos deben de facilitar el acceso a las obras a los usuarios legítimos de estas. Sin embargo, aunque si aparece el límite de ilustración de la enseñanza del art. 32.2 LPI, el límite de cita, que como sabemos, es

garante de la libertad de expresión de los ciudadanos, no aparece en dicha lista. Así, si el titular de los derechos no decide otra cosa, no podrán levantarse medidas técnicas de protección cuando un usuario legítimo pretenda citar una obra en formato digital protegida por dichas medidas.

La disrupción que generan las disposiciones sobre las medidas tecnológicas de protección solo irá en aumento a medida que se abandonan los soportes físicos de las obras y se opta más por formatos digitales puestos a disposición online, y generalmente, solo accesibles mediante pago y sujetos a acuerdos de licencia impuestos por los dueños de las plataformas, que cada vez más se confunden más con los tenedores de los derechos sobre las obras. El art. 161.5 prevé todo lo dispuesto respecto de las medidas de protección y los límites al derecho de autor no aplica a obras puestas a disposición del público online y lo que rige es el contrato de licencia que el usuario tiene que firmar para acceder al contenido.

A medida que crezca el número de obras disponibles por estos medios y vayan desapareciendo los soportes físicos, estos contratos con condiciones impuestas por particulares desplazarán por completo a los límites al derecho de autor establecidos en la Ley. Será entonces el titular de los derechos quien decida quién y cómo podrá acceder a sus obras, aun si fueran usuarios legítimos amparados en un límite.

El art. 161 LPI no menciona en ningún lado al dominio público. En el futuro, si la mayoría de las obras existen solo o mayormente en formatos digitales, cuando estas pasen al dominio público, si las medidas tecnológicas de protección siguen activas, y no hay ninguna disposición que obligue a los tenedores de los derechos a desactivarlas, debido a la disposición que prohíbe la fabricación o distribución de mecanismos de elusión, podríamos encontrarnos con que el usuario medio no podrá acceder con facilidad a obras que ya no están protegidas por la Ley y mucho menos podrá utilizar las obras para sus fines o según convenga a sus intereses. De ahí que la existencia de las medidas tecnológicas de protección y las disposiciones que las protegen complique la misma existencia de los

límites al derecho de autor establecidos en la legislación actual, en detrimento del interés general y las libertades fundamentales.

De nuevo evidenciamos como criterios meramente económicos han imperado a la hora de decidir la forma de proteger los derechos de los autores y legítimos tenedores de derechos en la LPI. Las disposiciones referentes a las medidas tecnológicas de protección son un claro reflejo de esto y los que sufren son el interés general y las libertades fundamentales que una vez más quedan desplazados por derechos de una categoría inferior.

En el capítulo anterior hemos estudiado un caso práctico de utilización de obras protegidas dentro del ámbito de la educación universitaria: los canales “Periodistas y cine” y “Análisis ético y estético del cine” del proyecto e-Televisión que forma parte de los canales académicos de vídeo bajo demanda de la Universidad Complutense de Madrid.

Dichos canales utilizan fragmentos de obras audiovisuales ajenas para analizarlos y complementar las lecciones en materias relacionadas con la ética y el derecho para periodistas.

Intentamos encuadrar dichos canales bajo el amparo de uno de los dos límites previstos en el art. 32 LPI y concluimos que lo mejor era que los canales amparasen sus usos de obras protegidas en el límite de cita pues ciertas restricciones impuestas en el límite de ilustración de la enseñanza como el requerimiento de que los fragmentos utilizados sean de extensión menor que la exigida por el límite de cita o el hecho de que solo el profesorado de la educación reglada pueda beneficiarse del límite, dejando fuera al alumno, desaconsejaban ampararse en el límite establecido en el art. 32.2 LPI.

Pero el hecho de que los canales de VOD que estudiamos hayan utilizado fragmentos de obras extraídas de DVDs sujetos a medidas tecnológicas de protección, a pesar de que estos pertenecen al acervo de la biblioteca de la Universidad Complutense, nos hace plantearnos qué efectos tiene la protección de dichas medidas sobre la iniciativa estudiada, sobre todo pretendiendo

ilustrar a qué podrían enfrentarse otras iniciativas similares que no consigan tener el mismo acceso a las obras y en las mismas condiciones que los canales de e-Televisión han tenido.

Lo anterior nos llevó a la conclusión de que el hecho de que las disposiciones relativas a la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, en particular el art. 161 LPI, que no incluye al límite de cita entre aquellos por los cuales el tenedor de los derechos debe asegurar el acceso a sus obras por parte de los usuarios legítimos amparados por la Ley. Esto no hace recomendable invocar el límite de cita para realizar las actividades de un canal VOD.

Todo lo anterior sucede porque lo dispuesto en la LPI hace necesario que para poder tener la posibilidad de exigir la desactivación de las medidas tecnológicas de protección, tengamos que dar marcha atrás y recomendar entonces que los usos se amparen en el límite de ilustración de la enseñanza a pesar de que como ya hemos concluido, este es mucho más restrictivo y tendrá consecuencias importantes como excluir a los alumnos de poder participar activamente en la creaciones de iniciativas como canales de vídeo bajo demanda y que la extensión del uso de las obras deberá de ser mucho menor que la que podría ser bajo el amparo del límite de cita.

#### **5.7.5 Necesidad de modificar todo el sistema de protección a los derechos de autor.**

Todo lo analizado líneas arriba se puede sintetizar en las siguientes conclusiones: Primero, es necesario modificar el límite de cita para que mejor proteja libertades fundamentales como la libertad de expresión, pero aún más necesario el de ilustración a la enseñanza que es tan restrictivo que tiene poca utilidad, por eso hemos hecho dos propuestas de *lege ferenda*.

Es aún más necesario modificar la forma en que se interpreta y aplica la regla de los tres pasos, tanto a nivel internacional como doméstico, porque exige la interpretación restrictiva de todo límite y además porque otorga mayor peso a intereses económicos en detrimento del interés general y las libertades fundamentales.



También es indispensable o bien deshacerse de las medidas tecnológicas de protección, o por lo menos o modificar seriamente la legislación referente a dichas medidas. Quizás lo mejor sea derogarla por completo. Dicha protección en la práctica desplaza a los límites a los derechos exclusivos impuestos por mandato legal y los substituye por la voluntad de los tenedores de derechos que en la práctica tienen un control total sobre el acceso y uso de sus obras, en detrimento también de las libertades fundamentales y el interés general.

Todas las conclusiones anteriores nos llevan a otra conclusión: es necesario es reformar todo el sistema de protección al derecho de autor, empezando por algunos conceptos y medidas que provienen de Tratados Internacionales y directivas europeas pero que se reflejan también en la legislación nacional.

Algunas de las alternativas son estudiadas y propuestas en el siguiente capítulo y si no se hace algo al respecto, por más propuesta de *lege ferenda* o adecuaciones a la legislación que se puedan hacer, no se protegerá adecuadamente al interés general, no se reestructuran las jerarquías del derecho y no se dará mayor prioridad a derechos como las libertades fundamentales que deben de tener preeminencia sobre la protección de intereses meramente económicos.

Es necesario que la legislación del derecho de autor refleje las finalidades que motivan su existencia. Es cierto que se busca proteger al autor y a su obra, pero con esto se busca también incentivar la creación y la difusión del conocimiento en beneficio de toda la sociedad en su conjunto.

## **Capítulo 6. Alternativas para una reforma al sistema de protección del derecho de autor tanto a nivel nacional como internacional.**

En los capítulos anteriores hemos podido identificar varios problemas presentes en la legislación del derecho de autor a nivel internacional, europeo y español.

Primero, hemos visto que de alguna manera se ha olvidado cuál debe de ser el objetivo del derecho de autor, que no es solamente la protección de los autores. Esto ha traído como consecuencia una expansión del ámbito de protección de las leyes de derecho de autor y una visión que prima la protección de intereses económicos sobre cualquier otro, incluyendo la protección del interés general y las libertades fundamentales como la libertad de expresión o el acceso a la información, cultura y el derecho a la educación, que en realidad están íntimamente ligados con la verdadera finalidad que tiene la protección al autor y su obra.

Citando una sentencia de la Suprema Corte norteamericana recordamos cuál debe de ser la verdadera finalidad de la legislación del derecho de autor: “La legislación del derecho de autor refleja el balance entre dos afirmaciones contrapuestas sobre el interés público: La creación debe de ser fomentada y recompensada, pero la motivación de los entes privados debe de servir a la finalidad de promover la difusión más amplia posible de la literatura, la música y las artes” (Twentieth Century Music Corp v. Aiken, 1975).

En el centro de la protección del derecho de autor también debería estar el dominio público:

“El espíritu de la ley de Derecho de Autor es salvaguardar a los derechos del creador de la obra (no del editor), y asegurar el acceso público a la obra, así como el dominio público de esta, cuando expire el término del Derecho de Autor. El principio que subyace a esta ley es el de compensar al autor por colocar su obra a la disposición del público a fin de promover y difundir el conocimiento” (Felicé, 2004:82).

Pese a lo anterior, parece que el dominio público ha quedado en un segundo plano siempre frente a los intereses en explotar económicamente las obras al máximo. Este interés de explotación

económica no necesariamente coincide siempre con el mejor interés del autor y el mismo a veces puede quedar en un segundo plano.

En países que no reconocen el derecho moral del autor esto parece aún más pronunciado, pero también en países como España, donde los derechos morales son reconocidos, a veces la legislación también puede perjudicar a los intereses del autor en favor de terceros que buscan el lucro pero están menos interesados en defender derechos de la personalidad o libertades fundamentales.

Otros problemas vienen dados por el Derecho positivo actual. A nivel internacional se ha dado un proceso de unificación del derecho de autor a través de la suscripción de Tratados Internacionales que paulatinamente han encaminado a los ordenamientos nacionales que regulan el derecho de autor a nivel doméstico a ser más o menos uniformes en la forma en que regulan la protección a los autores y sus obras.

Especialmente notoria es la Directiva Infosoc pues aplica a nivel de los países europeos el sistema de límites y excepciones propuestos primero por el Convenio de Berna, expandido y pormenorizado en subsecuentes tratados mencionados.

Este sistema incluye a la llamada regla de los tres pasos que es un instrumento que, a nivel internacional sirve para limitar la soberanía de los países firmantes en cuanto a la adopción de límites y excepciones a los derechos exclusivos del autor. Un legislador nacional no podrá adoptar un límite si este no puede pasar el escrutinio de la mencionada regla de los tres pasos.

Para que los límites a los derechos exclusivos puedan ser adoptados deben de aplicarse a determinados casos especiales, los actos que permitan no deben atentar contra la explotación normal de las obras ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Un problema intrínseco de la regla de los tres pasos es que en su regulación en los Tratados Internacionales nunca se ha determinado con precisión ni se ha elaborado sobre qué significan exactamente los tres pasos de la regla, requiriendo así su interpretación para poder ser aplicada. La

interpretación de dicha regla de los tres pasos más aceptada a nivel internacional proviene de la resolución de una disputa presentada ante un Panel de la OMC encargado de interpretar el Convenio de Berna.

La interpretación del Panel de la OMC no despejó del todo las dudas sobre el preciso significado y alcance de cada uno de los pasos de la regla pero si dejó una consecuencia muy importante al interpretar dichos pasos de manera restrictiva, interpretando que la regla sirve para limitar el accionar del legislador a la hora de adoptar límites en su legislación y que dichos límites deben de interpretarse y aplicarse también de una manera restrictiva.

Particularmente dañina es la aseveración de que los pasos de la regla deben de ser analizados de manera cumulativa. Esto quiere decir que basta con que un límite no pueda cumplir con el primer paso para que deba de ser rechazado sin necesidad de entrar a analizar si podría estar justificado por lo dispuesto en alguno de los otros dos pasos. Como el segundo paso valora si se afecta a la explotación normal de la obra, esto genera que valorar un límite, si se estima que este afecta a los intereses económicos del autor o del tenedor de los derechos de autor deba de ser desechado sin siquiera considerar si existe alguna derecho o libertad fundamental que pueda justificar la existencia de dicho límite a pesar de que se afecte a los intereses legítimos del autor.

En otras palabras, se anteponen valoraciones económicas a los posibles beneficios que un límite pueda traer al interés general. Así, la regla de los tres pasos perpetúa esa idea errónea de que la finalidad última del derecho de autor es proteger al autor para que saque el mayor beneficio económico posible de su obra, interpretación que siempre convendrá a quien tiene es tenedor de los derechos exclusivos para explotar la obra pero que no siempre beneficiará al autor y por supuesto pocas veces beneficiará al interés general.

La Directiva Infosoc adoptó la misma regla de los tres pasos aplicándola así a los límites a los derechos exclusivos, tanto obligatorios como facultativos, que permite adoptar a sus Estados

miembros en base a su artículo 5 y así, hizo una expansión horizontal de la regla; y al mismo, tiempo expandió su interpretación restrictiva, contagiando así, por decirlo de una manera, a los ordenamientos nacionales de los mismos problemas que presenta la interpretación de la regla a nivel nacional.

Muchos Estados miembros, entre ellos España, han optado no solo por ceñirse a lo que manda la regla de los tres pasos, después de todo así les obliga la Directiva Infosoc, sino que además han decidido adoptar la regla de los tres pasos en sus ordenamientos internos y establecerla como un criterio de interpretación en la aplicación de los límites previstos en su legislación.

En España, la regla de los tres pasos, prevista en su artículo 40*bis* se aplica a la interpretación de todos los límites a los derechos exclusivos establecidos en los artículos 31 al 40 de la LPI y exige una interpretación restrictiva de los mismos límites, de nuevo obligando a anteponer criterios económicos a cualquier necesidad de proteger el interés general o libertades fundamentales.

Además, en el caso particular de la Ley de Propiedad Intelectual española, se ha optado por establecer límites a los derechos exclusivos que ya de por sí resultan mucho más restrictivos en comparación con la forma en que esos mismos límites están previstos en los Tratados Internacionales y en el Convenio de Berna.

En particular, nos hemos centrado en los límites de cita y de ilustración de la enseñanza e investigación pues creemos que estos límites están íntimamente ligados con la verdadera finalidad del derecho de autor si bien busca incentivar mediante el rédito económico al autor para crear obras y difundirlas, su finalidad última es precisamente esta distribución de obras que propiciará la difusión del conocimiento y a su vez la creación de nuevas obras, y así procurar el avance de las artes y las ciencias en la sociedad. Este análisis se ha hecho más a fondo en el contexto de la enseñanza e investigación universitarias.

Hemos podido constatar que efectivamente ambos límites son más restrictivos que sus contrapartes en los Tratados Internacionales y en la Directiva Infosoc. En España son mucho más restrictivos respecto de los actos que permiten, la naturaleza de las obras que pueden ser utilizadas y la extensión de dicha utilización, los derechos exclusivos a los que afectan y los beneficiarios que pueden utilizar obras amparándose en cualquiera de los dos límites.

A nuestro parecer ambos límites fallan en realmente traer un beneficio a las actividades educativas y de investigación y no protegen adecuadamente libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información y a la cultura y el mismo derecho a la educación.

Hemos hecho dos propuestas de *lege ferenda*, una referida al límite de cita y otra referida al límite de ilustración de la enseñanza, con las que pretendemos por lo menos dar una pauta sobre cómo debe modificarse el art. 32 LPI para mejorar la situación respecto de estos límites.

Pese a lo anterior, nos encontramos que nuestras propuestas de modificación legislativa serán insuficientes mientras la interpretación y aplicación de la regla de los tres pasos actual subsista.

Además hemos identificado una amenaza para el disfrute de los límites a los derechos exclusivos que es tan seria como la regla de los tres pasos: se trata de las medidas tecnológicas de protección. Dichas medidas tienen la capacidad de controlar el acceso y posibilidad de utilización de obras en formato digital, pero al mismo tiempo, son incapaces de discriminar entre usuarios legítimos que amparar sus usos libres en límites establecidos legalmente. A medida que la disponibilidad de obras en formatos digitales ha ido en aumento, la amenaza ha ido creciendo.

El problema con dichas medidas tecnológicas de protección no solo viene dado por sus limitaciones técnicas, al fin y al cabo son solo programas informáticos, sino que también es producto de las leyes encaminadas a la protección contra la elusión de dichas medidas tecnológicas. Dicha protección jurídica proviene también de los Tratados Internacionales, también está regulada en la

Directiva Infosoc y fue adoptada en la LPI (arts. 160 al 162) cuando se modificó para adecuarla a lo exigido por dicha Directiva.

La protección legislativa a las medidas tecnológicas prohíbe cualquier acto que lleve a su elusión o desactivación y además prohíbe la fabricación y distribución de medios técnicos que permitan tal elusión o desactivación.

Dicha protección jurídica ha dado lugar a la aparición de un verdadero derecho de control y acceso a las obras en formato digital y debido a que son los tenedores de los derechos sobre las obras los que imponen dichas medidas técnicas, los legisladores se han visto obligados a establecer disposiciones que permitan garantizar el acceso a las obras para que los usuarios legítimos amparados en límites a los derechos exclusivos puedan utilizar dichas obras de acuerdo a las finalidades perseguidas al amparo de tal o cual límite.

El problema es que toda esta legislación es deficiente y en realidad no puede garantizar el acceso mencionado a los beneficiarios de los límites a los derechos de autor generando así que esos derechos de acceso y control se vuelvan absolutos salvo que el tenedor de los derechos decida dar acceso a las obras a los beneficiarios de los límites.

Aunado a lo anterior, las obras en formato digital se alejan cada vez más de los soportes físicos y existen con mayor frecuencia en formatos digitales carentes de soporte y que son puestos a disposición de los usuarios a través de Internet.

Como las disposiciones de protección de límites al derecho de autor frente a las medidas tecnológicas no son aplicables a obras puestas a disposición bajo acuerdos de licencia sino que son dichos acuerdos, en realidad contratos unilaterales que el usuario debe aceptar si quiere acceder a los contenidos, los que dictaminan la forma en que se puede acceder a dichos contenidos y el tenedor de los derechos es el único que decide si autoriza o no que un usuario pueda utilizar una obra con

finalidades de cita o de ilustración de la enseñanza, o cualquier otra, a pesar de que dicha finalidad pueda estar amparada por un límite al derecho de autor previsto en la legislación vigente.

La situación de excesivo control genera que en la práctica las medidas tecnológicas de protección pongan en peligro la existencia misma de los límites al derecho de autor que pueden quedar vacíos de contenido a pesar de estar previstos en la Ley. Cuando el tenedor de los derechos tiene el control total sobre la obra, los límites carecen de sentido.

De nuevo se evidencia que el legislador solo ha tomado en cuenta la protección de los intereses económicos de autores y tenedores de derechos y ha dejado de lado el interés general.

Ante todo esto, nos hemos dado cuenta que aunque con fines orientativos nuestras propuestas de *lege ferenda* pueden ser útiles para conseguir límites de ilustración de la enseñanza e investigación y de cita más flexibles y verdaderamente útiles para profesores, alumnos e investigadores con el consecuente beneficio para el interés general y las libertades fundamentales, si el sistema de protección a los derechos de autor que rige internacionalmente no cambia, el impacto de nuestra propuesta será muy limitado si no es que totalmente intrascendente.

Pero, ¿qué alternativas existen realmente?

Si hemos dicho que las principales amenazas a los límites están en la regla de los tres pasos y en la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección de los contenidos digitales, habrá que analizar qué propuestas existen para modificarlas.

Una corriente en la doctrina internacional aboga por un cambio en la concepción y aplicación de la regla de los tres pasos, por supuesto rechazando la interpretación restrictiva.

La nueva interpretación busca “reconvertir” a la regla de los tres pasos en un instrumento que de dote a la legislación del derecho de autor de flexibilidades que beneficien la aplicación de todos los límites a los derechos exclusivos para que estos puedan ser aplicados de mejor forma en los



medios digitales e Internet y garanticen una mejor protección al interés general y las libertades fundamentales por encima de la protección de intereses meramente económicos.

A continuación analizaremos dicha propuesta y cómo la misma incluye de alguna manera, el que los sistemas de límites a los derechos exclusivos a nivel internacional adopten algo similar a la doctrina del *fair use* norteamericana y vigente en otros países anglosajones, también analizaremos si en realidad es conveniente o no la expansión de dicha doctrina pues se puede argumentar que la misma así como es más flexible, también puede resultar en una mayor inseguridad jurídica para los usuarios.

Otra seria amenaza a los límites a los derechos exclusivos es la expansión de los acuerdos de licencia que rigen sobre obras en formato digital puestas a disposición del público a través de Internet. Si el problema está en esas licencias, analizaremos si el uso de licencias *copyleft* como las llamadas *Creative Commons* realmente pueden ayudar a solucionar esta situación o si en realidad pueden llegar a convertirse en parte del problema.

Si como dijimos, todos esos límites demasiado restrictivos, medidas que obligan a interpretarlos de manera restrictiva o que los vacían de sentido vienen dados por una concepción errónea del derecho de autor en donde se ponen por delante intereses meramente económicos y se olvida que la finalidad de la legislación en la materia no es solo proteger a las obras para poder explotar su valor comercial al máximo sino que también deben buscar la circulación de las mismas para que se difunda el conocimiento y se procure el avance de las artes y las ciencias en beneficio de toda la sociedad. Entonces, hemos de analizar propuestas que busquen dar esa vuelta al sistema actual de protección del derecho de autor.

En la doctrina existen propuestas que buscan interpretaciones menos restrictivas de la legislación, pero al mismo tiempo, proponen un fortalecimiento del dominio público pues es de ese acervo común de donde los autores se basan para hacer sus creaciones y es en esa esfera pública

donde mejor pueden circular las obras permitiendo que otros las utilicen para a su vez crear obras nuevas. Así se cierra un círculo que permite efectivamente el avance de las ciencias y las artes en beneficio de toda la sociedad en su conjunto.

En la parte final de este trabajo analizaremos precisamente esas propuestas que buscan un fortalecimiento de dicho dominio público buscando también en él un mejor equilibrio entre la protección al autor y su obra y la protección al interés general y las libertades fundamentales.

### **6.1 Una nueva regla de los tres pasos.**

La regla de los tres pasos, en su condición actual, es más perjudicial para los límites al derecho de autor que otra cosa, pues obliga a su interpretación restrictiva, basándose primordialmente en criterios económicos en detrimento del interés general y las libertades fundamentales.

Como gran parte de la doctrina rechaza la interpretación actual de dicha regla de los tres pasos, es natural que desde la misma doctrina se hagan propuestas para cambiar dicha interpretación, no solo para denunciarla.

Según Brennan (2002:19), a pesar de de que los legisladores ven a la regla como una suerte de *panacea* para preservar el equilibrio de intereses, y así la misma ha sido adoptada en Tratados Internacionales, Directivas europeas y legislaciones nacionales, la regla, como test para los límites no es muy efectiva y es poco más que un cliché: las excepciones al derecho de autor solo pueden ser admitidas si son razonables en cualquier circunstancia.

Un sector de la doctrina reconoce que la regla de los tres pasos tiene valor como un medio para impedir una aplicación excesiva de límites y excepciones pero al que le falta un mecanismo para prohibir interpretaciones injustificadamente restrictivas. Dicho sector propone reinterpretar a la regla para asegurar un balance apropiado en la aplicación de los límites al derecho de autor, en la llamada *Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law* (Geiger et al.,

2008). Los autores no evitan reconocer que algunas interpretaciones a nivel internacional, en clara referencia a la interpretación del panel de la OMC, no son deseables y esto es lo que ha generado que los tribunales y legisladores nacionales hayan sido influenciados por interpretaciones erróneas de la regla (Ibíd.:120).

Los antes citados proponen una interpretación más balanceada del derecho de autor en su Aunque reúne un cierto consenso, especialmente entre autores europeos, dicha interpretación no es la única que propugna por una interpretación más balanceada de la regla de los tres pasos (Koelman, 2006). Otros autores son críticos con la declaración y proponen formas alternativas de lograr una interpretación más balanceada de la regla (Kur, 2008-2009).

Gervais (2005) propone una reinterpretación de la regla que el mismo llama *regla de los tres pasos inversa* y que se basa en la doctrina del *fair use* norteamericano, sin que esto implique que dicha doctrina deba introducirse en los ordenamientos nacionales.

Otros como Hugenholtz y Sentfleben (2011) analizan qué da el sistema de derecho de autor europeo que incluye a la regla de los tres pasos para tener límites más abiertos y flexibles, también en un modo muy similar a las flexibilidades que la doctrina del *fair use* parecen permitir.

#### **6.1.1 Una interpretación más balanceada de la regla de los tres pasos.**

De un trabajo conjunto entre el Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho Tributario y el Queen Mary College de Londres nació la Declaración para una interpretación balanceada de la regla de los tres pasos que acabamos de citar unas líneas más arriba (Geiger *et al.*, 2008). En adelante la llamaremos la Declaración.

Dicha Declaración consta de seis puntos básicos que establecen cómo debe de ser interpretada la regla de los tres pasos, rechazando así la interpretación restrictiva del panel de la OMC que como hemos visto ha tenido influencia en legisladores y tribunales a nivel mundial.

A nuestro parecer, uno de los errores más graves en la interpretación de la regla de los tres pasos era el entender que los pasos debían de estudiarse de manera cumulativa, es decir, un límite debe de contrastarse con un paso y después con el siguiente, según el orden en la redacción de la regla y bastaba con que un paso no se cumpliese para que el límite no fuera válido sin necesidad de examinar el resto de los pasos.

Pues bien, el primer punto de la declaración propuesta declara que la regla de los tres pasos constituye un todo indivisible. Esto quiere decir que los tres pasos deben de ser considerados en su conjunto y el límite debe de ser sometido a un examen global y completo (Ibíd.:120).

Con esto se revierte la interpretación actual que interpreta a los pasos de manera cumulativa y se evita así que los criterios económicos imperen sobre cualquier justificación basada en el interés general o las libertades fundamentales.

Nuestra mayor crítica a la interpretación vigente no es que se tomen en consideración las afectaciones al posible valor de mercado de las obras, sino que la interpretación impedía tomar en cuenta otros factores. Con esta nueva propuesta de interpretación, no se busca que las consideraciones de tipo económico, basadas en evaluar si un límite afecta a la explotación normal de la obra pase a un segundo plano, por el contrario, se busca un mayor equilibrio en donde todos los pasos tengan el mismo peso al ser considerados como un todo.

Kur (2008-2009:48) opina que lo anterior es lo más positivo de la Declaración pero es crítica con el resto de los elementos de la misma. Considera que más que dar una interpretación positiva de la regla de los tres pasos, la Declaración se limita a indicar en qué forma no debemos de interpretar cada uno de dichos pasos.

Esta crítica es válida, aún si, aunque no se exploya, la Declaración propone algunas pautas para la interpretación de la regla en un sentido positivo. Sin querer quitar valor a los demás puntos de la Declaración, pues ciertamente pueden servir para acercarse a una mejor definición de lo que

significa cada uno de los pasos, dicha interpretación sigue siendo insuficiente pues interpretar los pasos es más complicado de lo que parece, como vimos a lo largo de nuestro capítulo 5.

La misma Kur (Loc. Cit.) pretende que la Declaración sea la base para una propuesta más completa para reformular la regla de los tres pasos y ofrece detalles sobre cómo debe interpretarse cada paso, considerando a cada uno de ellos como un elemento individual que debe utilizarse en una evaluación integral. Presentamos a continuación un resumen de lo propuesto por la autora:

El primer paso debe de ser utilizado para identificar las situaciones que están previstas en el límite y valorar que tan amplia o restrictiva es la regla, y qué tanta seguridad jurídica proporciona.

El segundo paso analiza las consecuencias económicas del límite pero para que el análisis no recaiga excesivamente en favor de los titulares de los derechos de explotación, deben considerarse ambos extremos:

- Hasta qué punto los límites restringen la mayor explotación comercial de la obra posible, incluyendo mercados existentes y potenciales; y, en el otro extremo,
- Si el límite aún deja espacio suficiente para que existan incentivos para los autores (y los demás tenedores de derechos)<sup>36</sup> que les motiven a embarcarse en actividades creativas o innovadoras. Por ejemplo, se debe valorar si un límite no podría causar colapsos en mercados nacionales o internacionales.

En el tercer paso de la regla, deben identificarse los intereses en conflicto de los distintos grupos afectados, es decir los de los tenedores de derechos y los del interés público y otros terceros (como pueden ser posibles competidores) y después deben de valorarse de acuerdo a las políticas que han justificado la adopción de los límites.

---

<sup>36</sup> Los “inversores” que hacen posible que el autor pueda crear cuando estos no son los tenedores originales de los derechos. Estamos hablando de editores o productores de obras sonoras o audiovisuales cuando éstos no son los tenedores originales.

Kur (2008-2009:41) también nos dice que se debe de aplicar el principio de proporcionalidad. Con base en este, el lineamiento general a la hora de hacer la evaluación completa debe de ser: un límite debe de ser admisible cuando el mismo objetivo de las políticas no puede ser alcanzado de otra forma (por ejemplo cuando un límite está “suficientemente limitado” por su propósito, y no restringe la explotación más de lo necesario), siempre y cuando esto no resulte en una discriminación (en el sentido comercial) o resulte en efectos indeseados (se entiende que sobre el mercado).

El punto 2 de la Declaración establece que la regla de los tres pasos no requiere que los límites sean interpretados de manera restrictiva y en cambio, deben de ser interpretados de acuerdo a sus objetivos y propósitos (Geiger *et al.*, 2008:120-121).

De nuevo se busca revertir una tendencia que está presente tanto a nivel internacional como nacional y es que muchos tribunales al interpretar la regla a nivel doméstico siempre han sostenido que los límites deben de interpretarse de manera restrictiva.

En España, esta es una afirmación ampliamente aceptada, basándose en el principio contenido en el art. 4.2 del Código Civil español: *“Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”*

Como dice el Tribunal Supremo refiriéndose al derecho de autor: “(los) límites... han de ser lógicamente interpretados de manera restrictiva en consonancia con la naturaleza de la norma” (STS de 8 de junio de 2007, ROJ: 4505/2007.) Pero, según ha dicho Bercovitz Rodríguez-Cano (2012:97), esto no es del todo cierto, sobre todo desde la perspectiva del Derecho a la Información, que considera al derecho de autor una excepción a la libertad de expresión. Además, los derechos de autor no deben de ser vistos como absolutos y no debe aceptarse que su protección es un fin en sí mismo que los hace merecedores de la máxima protección posible (Kur, 2008-2009:40).

Otro argumento a favor de interpretar los límites de una manera más flexible es que si bien el derecho de autor busca la protección de la persona del autor (mediante el derecho moral) y admite pocas excepciones y solo ante ciertos aspectos de los derechos morales, los límites con los que se relaciona la regla de los tres pasos, que son límites a los derechos de explotación, solo se aplican sobre los aspectos económicos del derecho de autor.

Dichos derechos económicos no siempre recaen (al menos no al completo) en el autor sino en terceros que no son los titulares originarios del derecho de autor. Se puede proteger apropiadamente al autor y reconocer que los límites al aspecto económico de esa protección pueden interpretarse de manera más amplia pues dichos límites siguen objetivos relacionados con la protección de derechos fundamentales, de una categoría mayor a los derechos de naturaleza económica.

Puede ser inferido, si se analiza junto con el punto 6, que la Declaración considera que esto debe de ser así porque el interés general y las libertades fundamentales tienen una categoría superior a los intereses puramente económicos.

Por ello, a pesar de que todos los pasos deben de ser valorados en su conjunto, se da una cierta preeminencia al tercer paso de la regla sin que esto signifique que las consideraciones económicas deban de ser descartadas.

El tercer punto se refiere específicamente a la limitación que supone la regla de los tres pasos al actuar del legislador a la hora de adoptar límites en su legislación interna en relación con el primer paso de la regla. Así se establece que la obligación de que los límites a los derechos exclusivos solo deban aplicarse a ciertos casos especiales no impide que, según el inciso (a) de la Declaración, las legislaturas adopten límites de manera abierta (como el *fair use*), siempre y cuando el alcance de dichos límites pueda ser previsto de manera razonable (Geiger, *et al.*, 2008:121).

Esto apunta directamente a la preocupación, que ya discutíamos en el capítulo 5, de que si la regla de los tres pasos es interpretada demasiado rigurosamente, límites como el de ilustración de la

enseñanza podrían pasar su escrutinio, pero la doctrina del *fair use*, de naturaleza mucho más abierta, tendría problemas para ajustarse a interpretaciones tan sesgadas de la regla. (Ricketson, 2003:69).

Lo anterior también evidencia que la Declaración falla al no aclarar qué implica una predicción razonable del alcance de un límite ¿Es más o es menos que el alcance que puede interpretarse sobre un límite establecido en una lista cerrada?

El inciso (b) de la Declaración dice que no debe impedirse a los Tribunales aplicar límites establecidos en listas cerradas contenidas en legislación vigente a situaciones similares establecidas por analogía (*mutatis mutandis*) o crear otros límites cuando sea posible de acuerdo con los sistemas legales de los que forman parte.

En la primera parte de este apartado, se reitera que los límites no deben de ser interpretados de manera restrictiva y así, aún cuando exista una lista *numerus clausus* de límites definidos, se deja a los Tribunales libertad para adaptar dichos límites a nuevas situaciones no previstas en la legislación pero que puedan ser equiparadas por analogía a lo ya dispuesto en la Ley.

Si bien, esta interpretación no supone que la regla de los tres pasos se convierta en un instrumento del todo flexible, por lo menos no la convierte en un obstáculo. Aún si la vía judicial no es siempre la más rápida (ni la más barata), por lo menos se deja un espacio para que los límites puedan adaptarse a situaciones no previstas en la Ley, especialmente aquellas nuevas situaciones que son resultado de avances en la tecnología y que no han sido previstas en los supuestos legales.

La segunda parte de este inciso (b) de la Declaración da aún mayor campo de acción a los jueces y tribunales, pero al mismo tiempo puede resultar más controversial pues bien podría interpretarse que la regla de los tres pasos puede considerarse como una serie de parámetros, un marco legal si se quiere, para crear límites *ad hoc* por la vía judicial.

Ahora bien, dicha segunda parte reconoce que existen países como los miembros de la Unión Europea, cuyo sistema legal no permite la adopción de límites distintos a los ya previstos en la



Directiva 20010/29/CE. Esto quiere decir que en un país como España, un Tribunal no podría crear un nuevo límite “de la nada” o un límite completamente abierto al estilo de la doctrina del *fair use* norteamericana. Esto impide que se cree un nuevo límite genérico a los derechos de explotación.

El punto 4 de la Declaración establece que los límites no entran en conflicto con la explotación normal de la obra cuando se establecen tomando en cuenta consideraciones relacionadas con la competencia o sirven para contrarrestar restricciones poco razonables a la competencia, especialmente en mercados secundarios y particularmente cuando la compensación está asegurada, ya sea o no a través de relaciones contractuales

En todo caso, el Tribunal doméstico podría reconocer y aplicar al ámbito nacional alguno de los límites facultativos contenidos en el art. 5.3 LPI y en cierta forma, también le permite interpretar los ya adoptados de un modo más amplio, de tal manera que incluyan más supuestos que los ya establecidos en la legislación (Ricketson, 2003:69). Esto hace referencia a los objetivos del mismo acuerdo de la ADPIC, que tanto Kur (2008-2009) como los demás proponentes de la Declaración consideran, debe informar cualquier interpretación de la regla. Se refieren a los principios establecidos en el art. 8 del Acuerdo ADPIC:

*“1. Los miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.*

*2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología. “*

La adopción de límites que rebajen las barreras de entrada en la explotación de los contenidos y permitan a actores no tradicionales o bien entrar en el mercado de la explotación de los contenidos o encontrar nuevos mercados en donde puedan explotarse las obras, pueden ser importantes en el ámbito de Internet. Pensemos en lo que ha hecho Google, o Netflix o cómo muchas empresas de

tecnología, sobre todo en EEUU, constantemente reclaman una mayor flexibilidad a la hora de utilizar contenidos y poder echar a andar sus iniciativas.

Evitar la sobreprotección de los tenedores de derechos de tal forma que tengan un monopolio *de facto* y que la legislación suponga una barrera de entrada difícil de franquear es muy importante en el ámbito online.

Al momento de escribir este trabajo, la Suprema Corte de EEUU analizaba el caso de Aereo, empresa dedicada a la retransmisión de canales de televisión en abierto a través de Internet. Se ha dicho que dicho caso tendrá implicaciones muy importantes para la prestación de servicios en la nube además de tratar temas relacionadas con la competencia en la explotación de contenidos transmitidos por TV en abierto. Un análisis del asunto previo a la decisión de la Suprema Corte puede verse en Menell y Nimmer (2014b) y en Giblin y Ginsburg (2014).

Finalmente, en el verano de 2014, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió dar la razón a las empresas televisivas en la sentencia (*American Broadcasting Cos., Inc. v. Aero, Inc.*, 2014). Un análisis a detalle de la sentencia puede leerse en Menell y Nimmer (2014a) y en Burk (2014).

Volviendo a la Declaración, nos referimos al punto 5 que declara que no solo se deben de tener en cuenta los intereses de los titulares originales de los derechos de autor, también deben tenerse en cuenta los derechos de titulares subsiguientes (Geiger, *et al.*, 2008:120).

Esto implica no solo tener en cuenta la afectación de los intereses del autor o tenedor originario de los derechos de autor (como puede serlo el productor de una obra audiovisual) sino que también se deben de tener en cuenta los intereses, y por lo tanto los efectos de la afectación de la explotación normal de la obra, de otras personas a las que les sea transferida la titularidad de los derechos de explotación sobre las obras. Como ya hemos dicho, esto es por objetivos de Tratados Internacionales relacionados con el derecho de autor que buscan proteger la competencia en el mercado, es el caso como hemos dicho del acuerdo ADPIC.

El sexto y último punto es, a nuestro modo de ver el más significativo junto con el primero, y establece que la regla de los tres pasos debe de ser interpretada de tal forma que respete los intereses legítimos de terceros, incluyendo:

- Intereses derivados de los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- Intereses en cuanto a la competencia, especialmente en mercados secundarios; y otros intereses públicos, particularmente respecto del progreso científico y cultural, y el desarrollo social o económico (Loc. Cit.).

Como hemos dicho, lo más importante, es que los límites se contrasten con la importancia de los objetivos que persiguen, es decir, de las causas que los justifican. Con base en esto, deben de tenerse en cuenta los intereses de todas las partes pero también deben pesar aquellos intereses justificados, como vemos en el punto 6 de la Declaración, el objetivo que tenga un límite debe pesar en la valoración.

Por ejemplo, un límite de cita, que tiene por objetivo proteger intereses derivados de libertades fundamentales como la libertad de expresión, no debería de tener problemas para superar el escrutinio de la regla de los tres pasos.

La Declaración no especifica si los intereses que enlista en el punto 6 establecen una jerarquía, es decir los intereses motivados por la protección a los derechos humanos y libertades fundamentales tienen una categoría superior a los intereses relacionados con la competencia y ambos tienen preeminencia sobre los intereses públicos. Lo dicho por Kur debe de servir para aclarar esto y los intereses de todas las partes deben de ser puestos en la balanza pero tomando en cuenta los objetivos políticos del legislador a la hora de establecer el límite.

En nuestra opinión, esta Declaración complementada con las precisas explicaciones de Kur es un instrumento valioso en cuanto a que propone una interpretación a nuestro juicio más correcta y beneficiosa respecto de la regla de los tres pasos por su voluntad de ir en contra del tópico de que los

límites deben de ser interpretados restrictivamente. También por dotar a la interpretación, como su nombre ya lo dice, de un verdadero balance a la interpretación de la norma en donde los intereses de todas las partes pueden ser tenidos en cuenta por igual, esencialmente por el rechazo a la interpretación cumulativa de la norma.

Creemos que la interpretación va en buen camino en cuanto a buscar ese equilibrio de intereses e impide que consideraciones puramente económicas o tendientes a sobreproteger a los tenedores de los derechos tengan preeminencia.

Al mismo tiempo, se busca una interpretación integral de la regla, utilizando cada paso considerando individualmente pero sin buscar que las consideraciones económicas pasen a un segundo plano, simplemente que se tengan en la misma consideración que fundamentos que justifiquen un perjuicio a los intereses de los autores. Con todo, es cierto que la propuesta establece que, teniendo todos los intereses en juego sobre la mesa, los objetivos perseguidos por el establecimiento de cada límite deben de pesar en la evaluación integral.

Las propuestas de Kur y el Instituto Max Planck no son las únicas que buscan una interpretación más equilibrada de la regla de los tres pasos. Una de ellas proviene de Haochen Sun (2007). En su obra, el autor se refiere a la regla de los tres pasos como el Talón de Aquiles del derecho de autor y propone una nueva redacción de la regla que sirva para promover y proteger el interés público:

“Los Estados Miembros podrán adoptar limitaciones a los derechos exclusivos, siempre y cuando dichas limitaciones tomen en cuenta los intereses legítimos tanto de los tenedores de derechos como de los demás terceros” (Ibíd.:302).

Según el autor, esta nueva redacción sirve para que al analizar los límites se pongan en el centro las consideraciones basadas en políticas públicas, es decir los objetivos que se persiguen al establecer dichos límites. Cambiar la redacción permitirá dejar espacio para que los límites sean de

una naturaleza abierta (permitiendo así límites como el *fair use*), y por eso el primer paso debe de ser eliminado (Ibíd.:304-311).

Además, permitirá, prescindiendo del segundo paso, dar a los derechos de los usuarios y a los derechos humanos y las libertades fundamentales el lugar que se merecen en el derecho de autor, incluyendo a los derechos del autor entre las libertades fundamentales (Ibíd.:311-315).

Dado que el derecho de autor no debe de ser considerado como un derecho absoluto, la mejor forma de determinar cómo puede ser limitado por el Estado es tener en cuenta si existe una finalidad legítima perseguida por el Estado, como pueden ser los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esto sirve como argumento para suprimir el segundo paso de la regla, junto con el argumento de que el tenedor de los derechos de autor tiene una responsabilidad social pues el Estado es el que les otorga el monopolio temporal para explotar obras durante un cierto tiempo (Ibíd.:318 y 322).

Según Sun (Ibíd.:324) el derecho de autor es una maquinaria en la que trabajan tanto creadores como usuarios para alcanzar una de las finalidades del derecho que es promover el interés. Esto es consistente con lo que hemos dicho a lo largo de este trabajo sobre la finalidad última del derecho de autor (por lo menos en el Copyright): incentivar al autor para crear obras en beneficio de la sociedad y así promover el avance de las artes y las ciencias en la colectividad.

Lo más destacable de esta propuesta es la decidida apuesta por la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toma en cuenta la finalidad última del derecho de autor, poniéndola en el centro y reforzando así la razón de existencia de los límites, justificados por el interés general.

El problema, es que como se ha expuesto, modificar Tratados Internacionales es algo sumamente complicado. Refiriéndose a intentos de modificación del Acuerdo ADPIC, Gervais (2005:28) apunta que enmendar el Tratado es una meta muy difícil de conseguir. Una vez que la

negociación de un tratado se reabre, se puede negociar cualquier parte del mismo y esto puede ser muy complicado y tomar un tiempo considerable.

No estamos hablando de modificar un solo Tratado, pues la regla de los tres pasos aparece en el Convenio de Berna, el Acuerdo ADPIC y los Tratados de la OMPI, además de en la Directiva Infosoc a nivel europeo.

Es cierto que modificando uno de los tratados se puede disponer que se modifiquen todos los demás pero supongamos que logramos modificar los Tratados de la OMPI, y ahí afectamos a Berna, y al Acuerdo ADPIC, aún sería necesario modificar la Directiva Infosoc, o quizás adoptar una nueva Directiva, y luego pasar por el proceso de transposición en cada uno de los Estados miembros que contengan la regla en sus ordenamientos internos. Los países no europeos que también hayan adoptado la regla en su legislación nacional, tendrán que hacer la reforma por su cuenta. Quizás estaríamos hablando de un proceso que tomaría décadas en completarse.

Afortunadamente, lo propuesto por Sun puede ser alcanzado por lo menos en parte, mediante una interpretación no cumulativa de la regla de los tres pasos, como la propuesta por Kur y otros. No se trata de un cambio tan radical como una nueva redacción de la regla, pero quizás por lo mismo es más alcanzable.

Koelman (2006:408) considera que la regla de los tres pasos solo toma en cuenta las posibles pérdidas que los límites pueden provocar a los tenedores de derechos y que el problema se ha agravado en cuanto la regla ha comenzado a ser aplicada por los Tribunales puesto que la interpretación vigente de la misma no les permite valorar intereses que no sean los de los tenedores de derechos. Esto es causado por la interpretación cumulativa de la regla.

A diferencia del primer paso, que refleja el interés público, pues establece que un límite puede adoptarse en ciertos casos especiales (como la protección de una libertad fundamental), el segundo paso valora aspectos puramente económicos. El tercer paso es el más encaminado de los tres

a valorar el interés general y permite perjuicios justificados a los intereses del tenedor de los derechos, pero los límites que no pasen el segundo paso impedirán que este último se valore.

Lo anterior significa que la clave para una interpretación más flexible o más restrictiva de la regla es la interpretación del segundo paso, que considera que un límite no pasa su escrutinio cuando puede afectar a la explotación normal de la obra en mercados que existen o que puedan existir en el futuro, es decir, cuando se percibe que el límite significará pérdidas económicas muy significativas para el tenedor de los derechos.

Según Koelman (Ibíd.:412), la regla tiene los elementos necesarios para ser útil, el problema está en el orden en que se interpretan. El autor propone dos soluciones: o bien se consideran todos los pasos de la regla a un mismo nivel, en una forma similar a lo que propone la Declaración que hemos analizado; o bien se interpreta el segundo paso de la regla de una manera más razonable. El autor (Ibíd.:410) propone que interpretar a la regla de los tres pasos de una manera similar a la doctrina del *fair use* norteamericano permitirá esa interpretación más razonable de dicho segundo paso. Todo esto debe de hacerse sin que la afectación a los intereses económicos del autor sea el factor decisivo, lo que en nuestra opinión viene a ser más o menos lo mismo que no interpretar los pasos de manera cumulativa, permitiendo así que ningún factor predomine sobre otro.

Más abajo intentamos entender cuáles podrían ser las consecuencias de la expansión del *fair use* en el plano del derecho de autor a nivel internacional. A continuación analizamos propuestas que analizan más claramente a la regla de los tres pasos desde el punto de vista de dicha doctrina proveniente del sistema del Copyright.

#### **6.1.2 La regla de los tres pasos inversa y la regla de los tres pasos entendida como *fair use*.**

Algunos autores han propuesto la expansión internacional de la doctrina del *fair use* como solución a la problemática de los límites al derecho de autor (Okediji, 2000).

Otros autores son más comedidos y proponen que los límites sean valorados de una forma similar a como se valora si un uso está amparado o no por el *fair use* pero no proponen que un límite de carácter abierto como el establecido en la §107 de la Ley de Copyright de Estados Unidos sea incorporado a los ordenamientos jurídicos de los demás países europeos. Uno de ellos es Gervais (2005) que reconoce en el *fair use* una doctrina mucho más flexible y adaptable a nuevas formas de utilización de obras, especialmente aquellas utilizaciones hechas valiéndose de tecnología. Para introducir elementos del *fair use* en la legislación continental, el autor propone lo que él llama la “regla de los tres pasos inversa” (*reverse Three-Step test*).

Gervais asume que existe consenso en que dicha doctrina contiene criterios apropiados que permiten un equilibrio entre los intereses de tenedores de derechos, de autores y de los usuarios. Como veremos un poco más abajo, el autor se equivoca.

Invertir la regla de los tres pasos implica preguntarse si lo que es considerado un uso justo, es justo, entonces ¿qué usos pueden considerarse injustos? Desde el punto de vista de la regla de los tres pasos, un límite está permitido cuando cumple con los tres pasos de la regla y no está permitido cuando no pasa el escrutinio de dichos pasos. Así, un uso no permitido de acuerdo con la regla de los tres pasos inversa, es decir un uso injusto, es aquél que no cumple con los pasos segundo y tercero de la regla (Ibíd.:15).

Invirtiendo el segundo paso, cualquier uso que probada y sustancialmente reduzca los beneficios financieros que el tenedor de los derechos puede esperar en circunstancias comerciales normales sería “injusto” si no se cuenta con autorización para realizarlo. Invirtiendo el tercer paso, se entiende que un uso injusto es aquel que causa un perjuicio injustificado a los intereses del derechohabiente, pero para poder valorarlo es necesario unir ambos pasos, así el autor tiene derechos sobre cualquier uso normalmente sujeto a una transacción económica y cualquier otro uso que no suela ser una explotación normal de la obra y esté justificado por un objetivo válido de interés público (Ibíd.:29-30).



Para Andrew Christie (2011:9) lo que Gervais propone es que el derecho exclusivo del tenedor de los derechos esté definido por lo que la regla de los tres pasos no permite, pero considera que esto no es posible pues la regla de los tres pasos no está encaminada a determinar la extensión de la protección al autor, sino a definir cuál es la extensión de los límites.

La propuesta de Gervais requiere un esfuerzo mental para poder ponerla en perspectiva y en nuestra opinión continúa apoyándose en el segundo paso de la regla (sea en su versión *normal* o inversa) y este criterio sería prácticamente el único de no ser porque el autor menciona que debe de interpretarse como se interpreta la doctrina del *fair use* la cual de entrada, se presupone una *vara de medir* más balanceada que la regla de los tres pasos. Si esto fuera así, habrá que tener en cuenta lo dicho por la Suprema Corte de EEUU en (Harper & Row v. Nation Enterprises, 1985): el efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra original (y el mercado de sus obras derivadas) es, sin lugar a dudas, el elemento más importante del *fair use*.

Hugenholtz y Sentfleben (2011:29) reconocen que el *fair use* tiene inconvenientes y limitantes y recomiendan un sistema mixto que permita combinar la seguridad jurídica de las listas cerradas de límites y las flexibilidades que proporciona el *fair use*, que entre otras cosas permite que los límites se interpreten de manera neutral a la tecnología, es decir, sin tomar en cuenta el medio, analógico o digital, en que se realiza un uso no autorizado. Recomendán que los Estados miembros adopten de manera literal todos los límites contenidos en el art. 5.3 de la Directiva Infosoc y estos, junto con una interpretación flexible de la regla de los tres pasos, léase entendida en una forma inspirada por la manera de interpretar al *fair use*, darán como resultado un sistema más flexible pero al mismo tiempo dotado de seguridad jurídica.

En un trabajo anterior, Sentfleben (2010a:551) concluía que partiendo de la base de que el sistema comunitario de límites al derecho de autor está en un estado lamentable; para que dicho sistema pueda volver a funcionar, es necesario introducir elementos flexibles del *fair use* en el sistema. Propone que en el futuro la Unión Europea desarrolle su propia doctrina del *fair use* pero sin

abandonar la lista de límites, que servirán entonces como esos “casos especiales” a los que se refiere la regla de los tres pasos.

Carter (2009:334-335) ve en la Declaración que hemos analizado, un gran parecido a la doctrina del *fair use*, que el mismo califica de “venerable”, pero estima que la única forma en que la regla de los tres pasos puede volverse útil es si se transforma en una herramienta de evaluación en manos de los juristas que deberán considerar límites específicos al monopolio del derecho de autor, de la misma manera que se hace con la doctrina del *fair use*, cuya extensión puede resultar positiva para el desarrollo del derecho de autor.

Para nosotros, la Declaración es una propuesta más moderada y no necesariamente implica imponer la doctrina del *fair use* como una regla de interpretar los límites.

Finalmente, como contrapunto, tenemos a Griffiths (2009:16) quien considera que la regla de los tres pasos no tiene una verdadera utilidad pues nunca ha estado claramente definida, ni realmente ha tenido un peso verdadero en el resultado de las decisiones judiciales a las que se ha aplicado y esto es principalmente porque la regla nunca fue concebida para su aplicación judicial, de ahí que los pasos estén definidos tan vagamente como efectivamente lo están. Para este autor, cualquier sugerencia de que el papel de la regla de los tres pasos deba de ser expandido, especialmente si es para utilizarlo como una norma de carácter abierto en la interpretación de límites al derecho de autor, debe de ser rechazada. Si esa es la intención, continúa Griffiths (Ibíd.:21-22), quizás sea mejor aplicar directamente la doctrina del *fair use*, si bien esto debe de hacerse con ciertas modificaciones si así es necesario.

En realidad no existe verdadero consenso sobre si la regla de los tres pasos es realmente útil, o si es deseable hacerla más útil y más protagonista tanto en el Derecho internacional como en el Derecho europeo. Si su protagonismo es inevitable, las interpretaciones más flexibles y que no se centren solamente en aspectos económicos son más deseables.

Pero ante esta falta de consenso sobre la regla de los tres pasos, puede observarse una tendencia hacia mirar favorablemente a la introducción del *fair use* en el derecho europeo e internacional. Ver por ejemplo: Geiger (2007), Geiger (2008) o Sentfleben (2009). En España, está el trabajo de Sancho Gargallo (2011:12) quien argumenta que “la doctrina del *fair use* debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites.”

## **6.2 ¿Es realmente la doctrina del *fair use* una solución o solo parte del problema?**

Como acabamos de ver, algunas propuestas ven la expansión de la doctrina del *fair use* como una solución a los problemas de los límites al derecho de autor establecidos a través de listas cerradas, típicas de los ordenamientos jurídicos continentales. Las listas exhaustivas, y con razón, son vistas como poco flexibles y efectivas, sobre todo en una realidad en donde la tecnología digital e Internet requieren de una rápida adaptación.

Se argumenta que dicha doctrina, que forma la base del sistema de limitaciones a los derechos del copyright de Estados Unidos, permite una mayor flexibilidad en cuanto a la utilización de obras sin necesidad de autorización del titular de los derechos sobre la misma, en comparación con el sistema de lista cerrada de excepciones del derecho continental: “la doctrina norteamericana (es) más dinámica y menos rígida que la europea” (Loredo, 2006:8).

El *fair use* también es visto una solución frente a interpretaciones restrictivas de la regla de los tres pasos, ya sea como un modelo a seguir, en cuanto a que los pasos deben de ser vistos más como factores a ser considerados en su conjunto, o bien, para reconvertir a la regla de los tres pasos en una suerte de límite abierto que aporte flexibilidad en donde hay espacio para la misma.

A veces parece que el *fair use* es visto como una suerte de *panacea* para el problema de las limitaciones al derecho de autor, pero el proponer su incorporación al derecho de autor nacional requiere de un análisis más cuidadoso, sobre todo si ni siquiera en el país donde más se aplica,

Estados Unidos, existe consenso sobre su alcance o si realmente es algo positivo para el derecho de autor, particularmente para salvaguardar los derechos de los usuarios.

Si bien es cierto que el Copyright norteamericano y el resto de sistemas del derecho de autor del mundo se han hecho más similares entre sí, sobre todo a raíz de varios Tratados Internacionales que luego mencionamos, aún siguen presentando diferencias importantes pues aún se trata de acercar sistemas legales que son, en principio, vastamente diferentes.

Es necesario analizar más de cerca la historia del desarrollo jurisprudencial del *fair use* para poder darse cuenta que, si bien existen ciertas virtudes en dicha doctrina, también existen importantes problemas, sobre todo en cuanto a la incertidumbre jurídica que les es propia.

Las propuestas para adoptar el *fair use* en el derecho interno parecen asumir que dicha doctrina contiene criterios apropiados que permiten un equilibrio entre los intereses de los tenedores de derechos y los intereses de los usuarios. Como veremos, al analizar lo más relevante de la jurisprudencia norteamericana en la materia, este no parece ser el caso.

A continuación analizamos visiones críticas del *fair use* y tratamos de demostrar que no es un sistema de límites al derecho de autor perfecto ni mucho menos, intentando decidir si realmente sería conveniente su expansión en el derecho europeo.

Cabría preguntarse si el *fair use* no es atractivo como solución simplemente porque parece menos peor que el sistema de límites actualmente vigente en la legislación del derecho de autor mexicana y de otros países del derecho continental y si no es un simple paliativo que nos distrae de una cuestión mayor: lo que necesita enmendarse no es solo lo referente a las limitaciones a los derechos patrimoniales sobre las obras, sino todo el sistema del derecho de autor en general.

### **6.2.1 Los orígenes de la doctrina del *fair use* hasta su codificación.**

En el Derecho norteamericano, se suele considerar que la doctrina del *fair use* tiene su origen en la sentencia del caso (Folsom v. Marsh, 1841) pues en dicha resolución se establecen los cuatro

factores que conforman la doctrina y que más adelante se codificarían en la Ley de Copyright norteamericana de 1976:

**“... a menudo, al decidir cuestiones de este tipo, debemos mirar a la naturaleza y objeto del material escogido, la cantidad y valor de los materiales utilizados, y el grado en que la utilización puede perjudicar la venta, o disminuir las ganancias, o substituir a la obra original.”<sup>37</sup>**

Aunque la citada sentencia establece los cuatro factores o criterios del *fair use*, la doctrina es producto de un desarrollo previo en el derecho británico y que se remonta a las primeras normas que datan de 1710.

Se ha dicho argumentado que ignorar esta “prehistoria” del *fair use* antes de *Folsom v. Marsh* es ignorar que la doctrina del *fair use* se desarrolló al mismo tiempo que la totalidad de la legislación del derecho de autor y por lo tanto, es también ignorar que la concepción de que el *fair use* se ideó desde un principio como una excepción a la norma, no tiene en realidad una base histórica (Sag, 2011:1410).

Se ha alabado a *Folsom v. Marsh* como uno de los hitos históricos del copyright norteamericano, pero un sector de la doctrina considera que dicha sentencia ha sido, por el contrario, un capítulo negro en la historia del copyright norteamericano. Algunos autores incluso la consideran como deficiente (Patterson, 1997-1998:431).

Para Bracha (2008:229) la sentencia supuso una expansión en el ámbito de protección del copyright y establece al *fair use* como una excepción a la norma. Esto quiere decir que una utilización de la obra sin consentimiento del autor siempre es considerada como una infracción a sus derechos, salvo en los casos en que pueda ser considerada como *fair use*. De ahí que se diga que el resultado de la sentencia es la expansión del ámbito de protección al autor, y que incluso se califique de radical, pues hasta ese entonces era mucho más limitado. Se dice que antes, más allá de las copias exactas, cualquier otro uso tenía posibilidades de ser considerado como legítimo. Pero en el nuevo

---

<sup>37</sup> Traducción y resaltados hechos por el autor de esta tesis.

entorno que aparece después de *Folsom v. Marsh*, cualquier uso se presume como una infracción a la ley, salvo que pueda probarse que dicho uso puede ser considerado como *fair use*.

Para Tehranian (2004-2005:487), *Folsom* representa una derrota para el dominio público y supone una traición a más de doscientos años de legislación de copyright y representa una visión monopolística y iusnaturalista del derecho de autor, rechazada por la Constitución, sus autores y por la jurisprudencia de su tiempo.

Desde el punto de vista práctico, el mayor problema de la doctrina del *fair use* radica en el modo en que fue concebida. La aplicación del *fair use* implica asumir que en principio, toda utilización no autorizada de una obra es una infracción a los derechos del autor, salvo que pueda probarse que se trata de un uso justo o legítimo.

En realidad, se trata en un medio de defensa frente a la acusación de que un uso en particular infringe los derechos del tenedor de los mismos. De ahí que a la doctrina del *fair use* también se le conozca como la defensa del *fair use* y que se diga que solo se aplica a determinados casos en los que los principios de la libertad de expresión pueden verse vulnerados (Sheffner, 2009).

La regla general es que ningún uso puede realizarse sin autorización, salvo contadas excepciones que se consideran como *fair use*. Además, la defensa debe de considerarse como una defensa afirmativa, pues el deber de probar que una utilización no autorizada es un uso legítimo recae en quien es acusado de una infracción al copyright (Goldstein, 2014).

Pese a estas visiones críticas, el *fair use* y su desarrollo judicial han continuado y existen visiones favorables sobre la misma, que muchas veces provienen de las mismas decisiones judiciales.

Entre los aspectos positivos destacados está la flexibilidad, que a nivel internacional es su aspecto más valorado, y que permite que la Ley del Copyright no se aplique de manera rígida, de tal manera que reprima a la creatividad, como dice la sentencia (*Steward v. Abend*, 1990).

También se ha destacado el papel que tiene el *fair use* en la protección de la libertad de expresión (Herrington, 2010:321), o para el acceso a la información (Decherney, 2012:159).

Eventualmente, el desarrollo y aplicación jurisprudencial del *fair use* llevó a que la misma se codificara en la Ley del Copyright de 1976. Según el Congreso de los Estados Unidos (Reporte del Congreso de los Estados Unidos, 1976:65-66), la codificación o supone el fin del desarrollo jurisprudencial del *fair use* y tampoco debe de ser visto como un intento de restringir o cambiar la doctrina en forma alguna; solamente debe de entenderse como un esfuerzo por confirmar su existencia.

En la legislación vigente, el *fair use* aparece en la §107 la Ley de Copyright norteamericana como sigue:

*“No obstante lo previsto en la sección 106, el fair use (uso justo) de una obra protegida por el copyright, incluyendo su utilización para su reproducción, en copias o grabaciones o por cualquier medio especificado en dicha sección, con fines de crítica, comentario, información de actualidad, enseñanza (incluyendo múltiples copias para su uso en el aula), trabajos académicos, o investigación, no es una infracción al copyright. Al determinar si la utilización de una obra hecha en cada caso particular es un fair use (uso justo), los factores a considerarse deben incluir:*

- (1) **El objeto y el carácter del uso**, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o es para propósitos educativos sin ánimo de lucro;*
- (2) **La naturaleza de la obra protegida;***
- (3) **La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada** en relación con la obra protegida considerada como un todo; y*
- (4) **El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.***

El hecho de que una obra no haya sido publicada no es un impedimento por sí mismo para que el uso pueda considerarse como *fair use* si dicha consideración se hace basándose en los factores arriba descritos.<sup>38</sup>

Como podemos apreciar, se establecen los cuatro factores con claridad, pero se evita definir con detalle cada uno de ellos, dando pie a la flexibilidad tan admirada, pues de esta manera se ha

---

<sup>38</sup> Traducción y resaltado hechos por el autor.

permitido que los pasos continúen siendo interpretados con el paso de los años a través de la jurisprudencia aún si la doctrina ha sido codificada.

Para poder explicar en qué consiste cada uno de los elementos del *fair use* es necesario remitirse a la jurisprudencia más relevante, la cual presentamos a continuación.

### **6.2.2 Desarrollo del *fair use* en la jurisprudencia norteamericana.**

Además de *Folsom v. Marsh*, que como ya vimos, estableció la doctrina *moderna* del *fair use*, para el Copyright norteamericano existen otras sentencias relevantes que sirven para explicar en qué consiste exactamente la doctrina, particularmente en cuanto a su alcance y la manera en la cual deben de interpretarse sus cuatro factores, identificados anteriormente.

A continuación estudiamos lo relevante de las sentencias más importantes pues esto nos ayudará a explicar cómo se aplica la doctrina del *fair use* e intentar determinar qué significa precisamente cada uno de sus factores.

#### **6.2.2.1 *Sony v. Universal City Studios*.**

Al caso *Sony v. Universal City Studios* (1984) en España se le conoce como el caso *Sony Betamax*, y también nos referiremos al mismo como *Sony v. Universal*. En este asunto, se estableció que la reproducción completa de programas de televisión para su posterior visionado en el hogar no es una infracción al copyright y es considerado como *fair use*.

Además, y quizás este es el motivo por el que más se conoce al litigio, la Suprema Corte de Estados Unidos dictaminó que los fabricantes de tecnología que permite la reproducción de los programas (grabadoras de vídeo Betamax en este caso) no son responsables de infracciones al derecho de autor propiciadas por dicha tecnología. Si la tecnología permite, en su mayoría, usos legítimos, aunque permita ciertos usos prohibidos, no puede ser declarada como ilegal.

Especialmente notorio en este sentido la sentencia en el caso *MGM v. Grokster* (2005) que supone la aplicación de este estándar a las tecnologías en Internet. En este caso se encontró que



Grokster era culpable de infringir el Copyright puesto que aunque su tecnología permitía la transmisión a través de redes P2P de contenidos legales, en su mayoría servía para el intercambio ilegal de archivos. Grokster también promocionaba su software como una herramienta que permitía principalmente el intercambio de archivos protegidos sin autorización. Sin embargo, aunque este se relaciona con *Sony v. Universal* y en cierta forma supone un endurecimiento de su criterio, no menciona siquiera a la doctrina del fair use en el cuerpo de la sentencia y por lo tanto no es relevante para este estudio.

En lo que a nosotros respecta son varios los puntos que hacen importante a esta sentencia para poder explicar la doctrina o defensa del *fair use*. El primero es que la Suprema Corte estableció en *Sony Betamax* que la doctrina del *fair use* es un criterio de equidad que debe de ser aplicado caso por caso y no como un criterio general.

Al considerar la naturaleza de las obras que eran copiadas en este caso particular, se concluyó que las obras protegidas televisadas están hechas para ser vistas de manera gratuita. Por lo tanto, el grabar las obras simplemente permite verlas al usuario en otro momento. En este caso particular, también, no se encontró que el hecho de que se reprodujera una obra de dicha naturaleza al completo fuera un argumento en contra de considerar al uso como justo.

La sentencia es muy escueta respecto de su análisis de los factores segundo y tercero, apenas dedicándoles a ambos cuatro líneas en total. Además, como vemos, respecto del primer factor, se le da relevancia a la naturaleza comercial o no de las utilidades lo que evidencia una tendencia a dar más peso a las consideraciones económicas, lo cual se confirma con el análisis hecho del cuarto factor.

La resolución da mayor peso a los aspectos comerciales de la utilización no autorizada, hecho que podemos confirmar a partir de su análisis del cuarto factor.

Para la Corte, incluso cuando la realización de una copia no tiene una finalidad comercial, se puede afectar a la habilidad del tenedor de los derechos de obtener un lucro de la explotación de su obra. Como el propósito del copyright es crear incentivos para la creación, lo realmente importante no es determinar solo si el uso no autorizado tiene finalidades comerciales o es sin ánimo de lucro, sino demostrar si el uso tiene o no un efecto sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.

Para el máximo tribunal norteamericano, lo anterior quiere decir que un uso no autorizado sin fines comerciales, y que no tiene un efecto negativo sobre el mercado de la obra protegida, puede ser considerado como *fair use*. Pero, cualquier utilización no autorizada de un material protegido, que tenga fines comerciales debe presumirse como un uso injusto o no legítimo, pues afecta al monopolio sobre la explotación de la obra que pertenece al legítimo tenedor de los derechos. Esto quiere decir que en este último caso, será mucho más difícil poder probar que una utilización no autorizada puede ser considerada como *fair use*.

En *Sony v. Universal* se da una importancia primordial a los factores económicos, especialmente a que no exista una afectación al mercado potencial o al valor de la obra y que los usos no autorizados sean o no con finalidades comerciales.

#### **6.2.2.2 *Harper & Row v. Nation*.**

La sentencia *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* (1985) resolvió sobre si la doctrina del *fair use* permitía la utilización no autorizada de fragmentos de una obra inédita escrita por una personalidad pública, con fines de información periodística. En este caso se trataba de las memorias del ex-presidente de EEUU, Richard Nixon.

Los hechos del caso son que el ex – presidente de los Estados Unidos Gerald Ford había firmado un contrato de edición con el demandante *Harper & Row* para publicar sus memorias. Dicho

contrato incluía otro subcontrato en donde el editor cedía los derechos a la revista *Time* para publicar extractos de las memorias.

Las memorias tenían una alta relevancia periodística pues incluían detalles sobre la decisión de Ford de otorgar el perdón presidencial a Richard Nixon. La Revista *The Nation* se hizo con una copia del manuscrito aún no publicado y reprodujo en un número de su revista entre 300 y 400 palabras de pasajes literales del libro de unas 500 páginas sin permiso del autor, el editor o la revista *Time*.

La publicación por parte de *The Nation* resultó en que *Time* invalidara el contrato con el editor y esto a su vez resultó en que *Harper & Row* demandara a *The Nation* por infringir sus derechos de Copyright. La defensa de *The Nation* invocó la doctrina del *fair use* diciendo que la misma justificaba la publicación de los extractos pues Ford era una figura pública y los detalles del perdón de Nixon eran de máximo interés periodístico. Finalmente el asunto llegó a la Suprema Corte y la defensa basada en el *fair use* fue rechazada en base al análisis hecho de los cuatro factores, determinando además que el factor más determinante es el cuarto, la afectación del mercado o el valor de la obra protegida.

Lo relevante de la sentencia para nuestro estudio es lo que concierne al *fair use*, que es definido en esta sentencia como un privilegio otorgado a un tercero y que le permite utilizar, de manera razonable, material protegido sin que medie consentimiento del titular de los derechos.

Respecto del propósito y naturaleza del uso, es decir, el primer factor, se determinó primero que el propósito o finalidad del uso de *The Nation* era dar información de actualidad. Aunque la información de actualidad es uno de los usos enumerados en la sección §107 de la Ley de Copyright, los usos que se enlistan en dicha sección simplemente aparecen a modo de ejemplo y no se debe presuponer que cualquiera de ellos, incluyendo la información de actualidad, se presupone como *fair*

*use*. El que el uso de *The Nation* sea con fines informativos es simplemente un factor más en el análisis del *fair use*.

Sin embargo, La Corte consideró que el hecho de que la naturaleza de la publicación hecha por *The Nation* fuera comercial, es un factor en contra para que la utilización de la obra en cuestión pueda ser considerada como *fair use* puesto que cualquier utilización con fines comerciales de material protegido se presume como una explotación injusta. Podemos ver el peso que se da a los factores económicos, y es que además se estima que el uso no autorizado tenía el efecto de suplantar el derecho de primera publicación del legítimo tenedor de los derechos, en el que reside su valor comercial.

Respecto del segundo factor, *Harper & Row* determina que la obra utilizada es una autobiografía inédita y que el hecho de que la obra aún no haya sido publicada es un elemento crucial de su naturaleza.

A pesar de que la obra protegida en cuestión es de naturaleza fáctica, es decir basada en hechos, y por lo tanto no merece tanta protección como las obras basadas en la creatividad, el hecho de que la obra sea inédita hace que tenga pocas probabilidades de ser considerada como *fair use* pues el derecho a la primera publicación es un derecho que requiere de la máxima protección de la Ley.

En base a esto el *fair use* debe interpretarse más restrictivamente respecto de obras inéditas. Esto debe de ser entendido como una valoración de este caso en particular, pues en base a la §107, si los cuatro factores evidencian que un uso puede ser considerado como justo, el hecho de que una obra sea inédita no implica que un uso sea considerado como *fair use*, solo que esto será más difícil de probar.

La Corte consideró que aunque la finalidad de la utilización sea un punto a favor de considerar a una obra como *fair use*, el hecho de que la naturaleza de la obra derivada sea comercial,

es un factor en contra para considerar dicha utilización como *fair use* pues cualquier utilización comercial debe considerarse como injusta.

También se decidió que las obras basadas en hechos, pero que aún están inéditas, tienen pocas posibilidades de poder ser consideradas como *fair use* puesto que un uso no autorizado de las mismas puede traer como consecuencia el suplantar el derecho a la primera publicación del legítimo tenedor de los derechos. Como puede ser que el principal valor comercial de una obra resida en controlar el derecho a su primera publicación, este derecho requiere la máxima protección de la Ley.

*Contrario sensu*, esto también quiere decir que el que una obra sea inédita no desestima la posibilidad de que una utilización no autorizada de la misma pueda ser considerada como un uso legítimo, si bien como hemos dicho las posibilidades de esto serán pocas puesto que en estos casos el *fair use* debe de aplicarse de manera estricta.

Respecto del tercer factor, la sentencia dice que aunque a nivel cuantitativo, la extensión de la obra no era mucha, unas 400 palabras de un texto de 500 páginas, la reproducción de la obra debería de considerarse como substancial. La cantidad no tomada es poca pero puede considerarse el corazón o parte crucial de la obra copiada y por lo tanto en base a este factor, el uso no puede considerarse como justo.

Es respecto del cuarto factor, que considera el efecto en el mercado potencial y el valor de la obra utilizada donde *Harper & Row* contiene las opiniones más importantes. La sentencia considera que el cuarto factor es, sin lugar a dudas el elemento más importante del *fair use*.

Se decidió que las actividades de *The Nation* tenían un efecto negativo tanto en el mercado potencial como en el valor de la obra protegida, pues su publicación no autorizada causó la cancelación del contrato entre el editor y la revista *Time* para la publicación de extractos de la obra aún no publicada y por lo tanto le generó un perjuicio económico.

Finalmente, remata la sentencia, lo más importante es que para denegar el *fair use* solamente es necesario probar que si la utilización que se pretende fuera generalizada, esto afectaría al mercado potencial de la obra protegida, argumento continuista con lo decidido en *Sony v. Universal* y que ratifica que efectivamente, el cuarto factor es el que tiene más peso a la hora de analizar el *fair use*, incluso por encima, como dice esta sentencia, de cualquier interés público.

#### **6.2.2.3 *Campbell v. Acuff Rose Music, Inc.***

La sentencia en el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994), que en adelante llamaremos *Campbell* o *Campbell v. Acuff-Rose* resolvía sobre si una parodia de la canción *Pretty woman* de Roy Orbison, hecha con fines comerciales, podía ser o no considerada como *fair use*. La Corte dictaminó que dicha naturaleza comercial no era impedimento para que la obra pudiera ser considerada como *fair use* pues la naturaleza y propósito del uso es un factor, de cuatro, a ser considerado.

La sentencia es importante, pues a diferencia de las otras que hemos analizado, establece que los cuatro factores no deben de ser analizados de manera aislada. Por el contrario, todos deben de ser analizados, y los resultados de dicho análisis deben de ser sopesados en conjunto y de acuerdo a los objetivos perseguidos por la legislación del copyright. Esto último nos recordará a la Declaración que mencionábamos en el apartado 6.1 anterior, y a cualquier otra propuesta para interpretar a la regla de los tres pasos como un todo, sopesando los pasos en conjunto pero tomando en cuenta los objetivos perseguidos por los límites.

Respecto de la interpretación del primer factor, es decir, el propósito y naturaleza de uso, la sentencia nos dice que los fines de crítica, comentario, información de actualidad, enseñanza, actividades académicas o de investigación que aparecen en el Preámbulo de la §107 de la Ley de Copyright son meros ejemplos de lo que puede ser considerado como *fair use*. Esto quiere decir, como ya hemos visto, que el que un uso tenga una finalidad educativa o de crítica, es un factor a

considerar, pero no implica que toda utilización con fines académicos o de crítica será considerada como *fair use*.

Nótese que la sentencia se refiere a los fines educativos, de crítica o comentario y otros como meros ejemplos de lo que puede ser considerado como *fair use*. Esto quiere decir que de la misma manera en que la naturaleza comercial del uso no es más que un elemento a considerar, la finalidad educativa no comercial de una obra es otro elemento más al considerar el propósito y naturaleza del uso.

A partir de *Campbell v. Acuff-Rose* se le da un carácter único al *fair use* que le distingue claramente de cualquier otro método para establecer límites al derecho de autor: la importancia que tiene el que el uso sea *transformativo* para inclinar la balanza a favor de que una utilización no autorizada pueda ser considerada como no infractora.

Si el uso no autorizado simplemente sirve para suplantar al original, y por lo tanto competir con el mismo, será difícil que pueda ser considerado como *fair use*.

Por el contrario, si el uso no autorizado añade algo nuevo, un propósito o naturaleza distintos del original, dando a dicho uso un nuevo sentido o forma de expresión, esto será un fuerte indicio de que la utilización puede ser considerada como *fair use*.

Mientras más transformativa sea una utilización, menos pesarán los demás factores, incluidos los de carácter comercial; si bien aún se mantiene el criterio de que una utilización que compite directamente con la obra original no es un uso legítimo o justo.

Sobre la interpretación del segundo factor, la naturaleza de la obra protegida, la sentencia dice que ese factor requiere reconocer que ciertas obras merecen mayor protección que otras, por lo que el uso de obras que merecen mayor protección tiene menos probabilidades de ser considerado como un uso justo o *fair use*. Para la Jurisprudencia norteamericana, mientras más creatividad contiene una

obra, merece mayor protección; mientras que las obras basadas en hechos merecen menor protección.

El análisis respecto del significado de este paso es escueto pues a pesar de decir que todos los factores son relevantes, al mismo tiempo se afirma que cuando se trata de usos transformativos, el factor no es de mucha utilidad.

El tercer factor, dice la sentencia, se pregunta si la cantidad y substancia de la porción utilizada respecto de la obra protegida al completo es razonable en relación con la finalidad de la utilización.

Lo anterior quiere decir que si por ejemplo, la finalidad de nuestro uso es una crítica literaria de una obra ya publicada el hacer citas extensas podría estar justificado y este sería un argumento para considerar nuestro uso *fair use*. Pero si la finalidad de nuestro uso es, por ejemplo, publicar en la prensa las partes más interesantes de una autobiografía aún no publicada, será más difícil justificar que tenemos derecho a reproducir partes extensas de dicha obra. Aquí podemos ver cómo se enlaza a su vez con el cuarto factor, pues en el ejemplo de la autobiografía, se podrá argumentar que publicar la mayoría de la misma antes de que su propio autor lo haga, sin duda afectará al mercado potencial de dicha obra. El caso *Sony Betamax* que analizamos más arriba cita este ejemplo.

En otras palabras, el tercer factor solo puede valorarse tomando en cuenta el primer factor, es decir el propósito y la naturaleza del uso y el cuarto factor, que se refiere al efecto que tiene el uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida. A pesar de que se dice que el resultado de todos los factores debe de analizarse en su conjunto, lo anterior parece establecer que el análisis del segundo y tercer factor está supeditado al resultado del análisis de los otros dos.

Finalmente, respecto del cuarto factor de la doctrina del Copyright, es decir, el efecto que tiene el uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida, *Campbell v. Acuff-Rose*



establece que no solamente se debe tener en cuenta qué tanto afectan al mercado de la obra protegida los usos realizados por el supuesto infractor.

También debe de tomarse en consideración si la conducta o el actuar del supuesto infractor se hicieran sin restricciones y de manera generalizada, dicho actuar resultaría en un impacto sustancialmente adverso sobre el mercado potencial de la obra original. Por ejemplo, si un uso comercial que se pretende un uso justo no es más que la mera reproducción comercial de una obra protegida, dicha reproducción reemplazará al original en el mercado, produciendo con toda seguridad una afectación sobre el mercado, existente y potencial, de la obra original que ha sido copiada. Se confirma así lo ya dicho en *Harper & Row*.

Esta sentencia reconoce que el *fair use* es una defensa afirmativa, en donde la carga de la prueba recae sobre quien la invoca. La Suprema Corte estima que debido a que, probar que la utilización no autorizada no afectará el mercado o valor potencial de la obra puede ser difícil, será necesario centrarse en probar que se cumple con los otros tres factores, para que el cuarto no termine siendo el de mayor peso.

Como el daño al valor de mercado de una obra es una cuestión de grado, es decir, qué tanto se afecta o no dicho valor de mercado, así lo reconoce la misma sentencia. El peso de este factor en la valoración final variará, no solo en base a la cuantificación del daño causado, sino de acuerdo a su relevancia respecto de los demás factores. Al fin y al cabo, dice la sentencia, sopesar todos los factores requiere de un delicado balance de intereses.

Si la explicación de los cuatro factores de la doctrina en *Campbell v. Acuff-Rose* parece incompleta e incluso confusa es porque probablemente lo es. En cualquier caso, el análisis de *Campbell v. Acuff-Rose* evidencia que aplicar la doctrina del *fair use* no es cosa fácil y esta es una de las razones por las que un sistema de límites al derecho de autor abierto como este resulta en una falta de seguridad jurídica.

#### 6.2.2.4 *A & M Records v. Napster*

El conocido como caso *Napster* (*A & M Records v. Napster*, 2001) tuvo un gran impacto mediático a principios del S. XXI por su relevancia respecto de la legalidad de compartir contenidos protegidos a través de redes P2P en Internet, en concreto a través de la plataforma *Napster*. Se trata de un asunto resuelto ante un Tribunal de apelación que confirmó la sentencia dictada por un Tribunal de Distrito con sede en California. El caso no llegó a la Suprema Corte y por lo tanto, para el caso que estudiamos, es evidencia de cómo se aplica el *fair use* en instancias inferiores.

*Napster*, la parte demandada, proporcionaba un servicio que permitía la descarga de canciones en formato MP3 y como esas canciones, o por lo menos gran parte de ellas, eran contenidos protegidos, fue demandado. La empresa se defendió argumentando entre otras cosas que las acciones de sus usuarios, que compartían canciones en una red P2P podían ser consideradas como *fair use*.

Se rechazó que las actividades pudieran constituir *fair use*, tomando en consideración los cuatro factores y combinando los criterios de algunas de las sentencias que acabamos de analizar líneas arriba, pero basándose fundamentalmente en lo dicho en *Campbell v. Acuff-Rose*.

Con respecto del primer factor, se dio mayor peso a la cuestión de si la utilización era transformativa o no. En este caso en particular, se encontró que las descargas de archivos MP3 eran simples reproducciones. Se estableció que la obra copiada simplemente suplantaba a la original sin darle un carácter o naturaleza diferentes.

Siguiendo la misma línea argumentativa, el propósito y naturaleza del uso fue determinado como un uso con fines comerciales puesto que en primer lugar, la transmisión de un MP3 sin un destinatario claro no puede ser considerada una transmisión privada y así, los usuarios obtienen gratuitamente lo que normalmente tendrían que comprar y además, como no se requiere de un beneficio económico directo para demostrar que un uso tiene una naturaleza comercial. La

reproducción e intercambio de archivos MP3 supone un beneficio económico indirecto puesto que se hace con el fin de ahorrarse el coste de comprar copias autorizadas.

El segundo factor sigue también el razonamiento ya expuesto en *Campbell*, argumentando que las canciones copiadas merecen la máxima protección pues son de una naturaleza creativa.

Respecto del tercer factor, que concierne a la extensión de lo copiado, la sentencia encontró que el uso no está amparado por el *fair use* debido a que la copia de obras completas indica lo contrario. Sin embargo, citando a *Sony v. Universal*, la sentencia recuerda que bajo ciertas circunstancias, un uso puede ser considerado como justo aún si la obra protegida es copiada en su totalidad y, recuerda también que la copia indiscriminada de obras protegidas no es un impedimento para que dicha actividad pueda ser considerada como *fair use*.

Respecto del cuarto y último factor se encontró que Napster afecta negativamente al mercado potencial y valor de las obras protegidas al 1) reducir la ventas de CDs entre estudiantes (a los que iba dirigido el servicio) y 2) porque Napster distribuye los MP3 gratuitamente y así destruye la oportunidad del tenedor de derechos de cobrar por las descargas de los mismos.

En el caso *Napster* podemos encontrar un ejemplo del análisis a la luz de cada uno de los cuatro factores por un Tribunal de menor instancia. Aunque esta decisión se basa en el precedente de otras sentencias, en particular *Campbell v. Acuff-Rose*, conviene apuntar que, en general, la aplicación de los criterios establecidos por la Suprema Corte en los tribunales de menor instancia no siempre es consistente y lo cierto es que el *fair use* tiene un historial de ser aplicado de formas diferentes por tribunales diferentes (Gorman y Ginsburg, 2006:730).

La mayoría de los asuntos no llegan a la Suprema Corte, que se reserva para los litigios considerados de mayor relevancia, y por lo tanto, se puede decir que la doctrina del *fair use*, la mayoría de las veces, se aplica siguiendo criterios diferentes.

Lo dicho es evidencia de que aplicar la doctrina del *fair use* nunca es fácil y los criterios de aplicación no son siempre consistentes, lo que resulta en una falta de seguridad jurídica para quien pretende utilizar contenidos protegidos sin autorización, aún si esta persona se siente amparada por causas de interés público o por derechos fundamentales como la libertad de expresión o el acceso a la información.

#### **6.2.2.5 Blake A. Field v. Google, Inc.**

Blake A. Field v. Google, Inc. (2006) es el asunto más reciente de los analizados y también fue resuelto por un Tribunal de menor instancia y no por la Suprema Corte. En este caso se trata de un Tribunal de Distrito con sede en el estado de Nevada. Se determinó que las actividades de *caching* realizadas por Google estaban amparadas por el *fair use*.

El actor en el proceso, Field, demandó a Google aludiendo a que sus actividades de *caching* en Internet suponían una infracción a los derechos de copyright del primero puesto que los servidores de Google ponían a disposición de los usuarios varias de sus obras protegidas colgadas en una página web y argumentó que cuando un usuario hacía click en los links proporcionados por los servidores de Google (a través del buscador) y descargaba copias de las página web que contenía sus obras, se violaba su derecho exclusivo a reproducir y distribuir copias de dichas obras.

En realidad, el demandante sabía perfectamente cómo funciona el *caching* y se inventó una página web *ex profeso* que contenía obras protegidas de su creación, permitiendo que Google las indexara automáticamente y así poder demandarle por infracción, esperando obtener dinero. Sin embargo, el asunto tiene relevancia por su interpretación de la regla de los tres pasos.

El *caching* online consiste en almacenar información digitalizada (páginas web) en servidores en Internet de manera temporal, indexarla automáticamente y luego ponerla a disposición del público, siendo esta una actividad esencial en su buscador. Google alegó, entre otras cosas que dicha actividad suponía un *fair use* y la justicia le dio la razón, dando peso al primer y cuarto factores de la

doctrina. Un análisis más a detalle de la actividad puede encontrarse en la sentencia a la que nos referimos en este apartado.

Si en el caso *Napster* veíamos que un Tribunal de Distrito parecía dar un peso similar a todos los factores del *fair use*, en este caso se afirma que son los factores primero y cuarto los que tienen mayor peso, si bien ninguno debe de ser considerado determinante.

La primera afirmación relevante de la sentencia, que se hace citando el caso *Fisher v. Dees* (1986), es la definición de la doctrina del *fair use* como un privilegio limitado para terceros distintos del tenedor de los derechos de copyright, que les permite utilizar material protegido de manera razonable sin el consentimiento del tenedor de los derechos. Como hemos visto, en *Harper & Row* también se considera que esta es la definición tradicional de la doctrina del *fair use*.

Respecto del primer factor, siguiendo el razonamiento en *Campbell v. Acuff-Rose*, se decidió que la naturaleza y propósito del uso que hacía *Google* de las obras protegidas no era el mismo que el del creador de estas, que buscaba una supuesta finalidad artística. Así, los links que *Google* pone a disposición del público sirven para dar un mejor acceso al usuario a las páginas web y por lo tanto no suplantán a la obra original, además de que *Google* siempre ofrece acceso tanto a la copia en *cache* como a la página web original. Se concluyó que la utilización hecha por *Google* podía ser considerada como *transformativa*. En base a todo lo anterior, el hecho de que *Google* es una empresa con ánimo de lucro no es un argumento decisivo en contra de que su utilización no se ajusta el primer factor.

Respecto del segundo factor, la sentencia destaca que cuando se determina que una utilización es transformativa, dicho factor pierde relevancia. La valoración sobre cuál es la naturaleza de la obra protegida se supedita así a lo estimado respecto del primer factor, que es de carácter económico.

En referencia al tercer factor, que mira a la cantidad de la obra utilizada, se hace notar que reproducir íntegramente una obra sin autorización no necesariamente implica que una utilización no pueda ser considerada como *fair use*. La extensión de la utilización considerada como *fair use* variará en función de la naturaleza y propósito de la utilización, es decir, para analizar correctamente este factor, será necesario ponerlo en perspectiva con el primer paso.

En el caso particular de esta sentencia, se entendió que el peso de este factor era neutral, es decir, ni era un argumento a favor ni en contra de calificar al uso como *fair use*. De nuevo se reitera la importancia del primer factor por encima de otro factor, en este caso el tercero.

*Field v. Google* reitera la importancia del cuarto factor, citando a *Sony v. Universal* y afirmando que cuando un uso no afecta al mercado potencial o al valor de una obra protegida, este no debe de ser prohibido para proteger el incentivo otorgado al autor para crear.

Como se decidió que las actividades de *caching* de Google no suponían una afectación al mercado potencial para las obras de Field, y como esto es así, el cuarto factor es un factor determinante para valorar que las actividades de Google pueden ser consideradas como *fair use*. Se acepta que el cuarto factor tiene ese carácter determinante, también entendido *contrario sensu*, cuando pueda apreciarse que una actividad afecta al valor o mercado potencial de una obra protegida.

La conclusión de *Field v. Google* parece ser entonces que si bien todos los factores son relevantes, son el primero y el cuarto los que son realmente determinantes, mientras que el segundo y tercero no son suficientes para determinar que un uso es considerado como *fair use* cuando el primero y el cuarto apuntan a lo contrario. Además, dice la sentencia, la buena fe debe de ser considerada como un factor a favor de considerar un uso como *fair use*, estableciendo *de facto*, un quinto factor, pero sin pronunciarse sobre cuál es el peso específico del mismo.

### **6.2.3 Resultado del análisis de las sentencias.**

Al analizar las sentencias anteriores que tratan sobre la doctrina del *fair use*, es posible darse cuenta de que definir con claridad su significado y criterios de aplicación no es tarea fácil ya que no existe un verdadero consenso.

Por ejemplo, *Harper & Row* parece establecer inequívocamente que el cuarto factor es el más importante de todos. Sin embargo, *Campbell v. Acuff-Rose* parece establecer lo contrario, dando más importancia al cuarto factor, para luego afirmar que ningún factor es más importante que otro.

Al mismo tiempo, en Tribunales de menor instancia, también se ha decidido que los factores primero y cuarto son los más importantes, lo que no es del todo consistente con el precedente establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte.

A pesar de las contradicciones, según la doctrina, la tendencia nos dice que el cuarto factor es el que suele considerarse el más determinante de todos (Gorman y Ginsburg, 2006:760).

Según Pallas Loren (2000:1), la aplicación de los cuatro factores del *fair use* pone un énfasis desequilibrado en los aspectos monetarios, y dado que los jueces y tribunales también pueden tener un concepto erróneo de lo que persigue el copyright (siendo este que solo existe para proteger intereses económicos), se genera una situación en la que apoyarse en el *fair use* para realizar un uso no autorizado puede no ser deseable.

Si esto es así, entonces se puede acusar al *fair use* de poner demasiado énfasis en aspectos económicos por encima de otros motivos como el interés público o los derechos fundamentales, a la hora de interpretar si un uso no autorizado constituye o no una infracción a los derechos del autor o tenedor de los mismos.

Dicha acusación suele hacerse también sobre la interpretación de los límites establecidos en listas cerradas, que son comunes en el derecho continental. A nivel internacional, el analizar los límites a la luz de factores meramente económicos, sin tomar en cuenta otros, se suele citar como

uno de los problemas más graves de la regla de los tres pasos. Parece ser entonces, que en este aspecto, el *fair use* no ofrece mayores ventajas ni es ajeno al problema.

Otra parte de la doctrina opina, al contrario de lo anterior, que la tendencia actual es que el primer factor vaya cobrando cada vez mayor peso, sobre todo en cuanto a la necesidad de probar que el uso de una obra protegida es transformativo. Esto no es necesariamente positivo, puesto que los jueces tienen una gran discrecionalidad a la hora de determinar si un uso es transformativo o no y esto deja abierta la posibilidad a que se cree aún más incertidumbre respecto de la doctrina del *fair use* (Netanel, 2009:769).

Resulta difícil afirmar que haya un verdadero consenso respecto a cuál es la tendencia preponderante en cuanto a la interpretación del *fair use*. Leval (1990:1108) sostiene que asumir que dicho consenso existe es un error pues las decisiones precedentes no parecen servir de base para las que viene después, y las opiniones revelan nociones muy diferentes respecto del significado de la doctrina.

Según Weinreb (1999:1299) la única conclusión que puede sacarse después de analizar la mayoría de las sentencias referentes al *fair use* es que el texto legislativo no debe de tomarse demasiado en serio. Lo ya citado de Pallas o Netanel demuestra que la situación no ha cambiado mucho en los últimos años.

Aunque lo anterior parezca una hipérbole, sirve para evidenciar dos defectos del *fair use*: su falta de seguridad jurídica y el peso que se le dan a los criterios económicos por encima de criterios como la defensa del interés público o los derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho a la educación.

Como la norma actualmente es que cualquier uso es infractor, salvo que pueda probarse que es *fair use*, la inseguridad jurídica generada es, en su mayoría, para quien pretende realizar dicho uso y no para quien tiene los derechos sobre una obra protegida por las leyes de copyright.



Una cosa más que todas las sentencias analizadas evidencian es que en la mayoría de los casos se trata de litigios en los que las partes son dos grandes empresas, en donde una invoca la defensa del *fair use* frente a la acusación de otra.

Si uno estudia la historia del *fair use*, en los años más recientes la gran mayoría de los litigios se dan entre empresas y muy pocas veces se trata de empresas nacientes, que se forjan en el garaje de casa de los padres de un genio de la informática. Incluso cuando hablamos de *Start ups* que se ven inmiscuidas en demandas que alegan la defensa del *fair use*, estas generalmente gozan de un buen capital, apoyado por inversionistas millonarios que tienen un interés en su negocio.

La anterior es una observación relevante, pues parece que los grandes beneficiados del desarrollo del *fair use* son empresas que cuentan con grandes medios económicos para poder costear largos litigios y asumir sus riesgos y no el público en general, que debe ser el destinatario principal de los límites al derecho de autor.

#### **6.2.4 Voces críticas con el *fair use* ¿El derecho a contratar un abogado?**

En la doctrina existen voces críticas con el *fair use* que atacan no solo a la manera en que se ha desarrollado en los tribunales sino a su misma concepción.

Ya antes hemos apuntado que la concepción misma del *fair use* no parece la más óptima en cuanto a limitaciones al derecho de autor se refiere: con el *fair use* el concepto es que todo uso no autorizado es una infracción a los derechos del autor, salvo que pueda ser probado que es *fair use*.

Toda la inseguridad jurídica de la que hablamos recae sobre quien pretende utilizar la obra: un ciudadano de a pie que busca expresarse libremente, un profesor universitario que pretende citar una obra o utilizarla para ilustrar sus actividades académicas o un periodista que pretende acceder a cierta información.

Para Boyle (2008:66), en la actualidad, el *fair use* equivale a la siguiente metáfora: “he invadido tu propiedad porque moría de hambre, por favor no me castigues.” En realidad, la

concepción del fair use debería ser equivalente a “no he invadido tu propiedad, simplemente he pasado por la vía pública que la atraviesa, un camino que jamás ha sido de tu propiedad.”

Desde la perspectiva del citado autor, el problema es que el *fair use* en realidad no sirve para limitar en dónde acaba el derecho del tenedor de los derechos de copyright y en dónde comienza el dominio público, en realidad no es un límite a los derechos de autor, es simplemente un medio de defensa.

Lo anterior ha llevado a Lessig (2005:187) a decir que “el *fair use* es el derecho a contratar un abogado” para defender el derecho a crear. El autor lo considera un medio demasiado costoso, lento y poco justo para defender dicho derecho.

Lessig resalta tanto la inseguridad jurídica a la que nos hemos referido y el problema que supone que el *fair use* dependa en realidad del litigio pues se presupone que el uso es injusto, salvo que se pruebe que es justo, y como todo abogado está de acuerdo, un litigio supone un resultado incierto.

Volvamos a nuestro ejemplo de los canales de VOD en e-Televisión y supongamos que en vez de la Universidad Complutense de Madrid, la iniciativa se dio en la Universidad de Columbia, en Nueva York, dentro del ámbito de su facultad de Ciencias de la Comunicación.

Los canales que aglutinan clips de conocidas películas de grandes estudios cinematográficos y los utilizan para fines educativos en la carrera de periodismo y la página que los presenta, con los textos que le acompañan, son muy populares entre profesores y alumnos por la excelente manera en que ejemplifican casos de Ética y Derecho en relación con el Periodismo.

Pronto, los canales se vuelven tan populares que se extienden por toda la Universidad y alumnos de múltiples disciplinas dentro de las ciencias de la comunicación, y de otras, como la facultad de periodismo se interesan por ellos y al cabo de un año, los canales cuentan con más de 100 vídeos acompañados de comentario que han sido elaborados por alumnos y profesores.

Hasta ahí todo bien, hasta que un día, debido a la popularidad, los canales salen en la prensa y así el uso de los clips, que han sido tomados de películas, que están sujetas a derechos de copyright, llega a oídos de las empresas que son las tenedoras de dichos derechos, particularmente a la productora y distribuidora de películas, *X-Studios* (una empresa ficticia) que descubre tras visitar la página que son los tenedores de derechos de explotación sobre 60 de las películas, fragmentos de las cuales aparecen en los canales.

*X-Studios* decide demandar a la Universidad de Columbia y a los profesores que aparecen como titulares de los canales de VOD de e-Televisión por infracción a sus derechos de copyright porque realizan usos no autorizados de sus películas, exigiendo la retirada de los vídeos de la página web que los contiene y exigiendo además una indemnización millonaria.

Además, para disgusto de todos los profesores y alumnos que disfrutaban de los canales, *X-Studios*, basado en la ley DMCA norteamericana requiere al servicio de *hosting* que aloja la página web de los canales VOD retirar los vídeos inmediatamente o exponerse a ser demandado como responsable solidario de la infracción al copyright. La empresa rápidamente cumple y bloquea el acceso a la página web.

Es en este momento cuando la Universidad, los profesores y sus abogados tendrán que, al contestar la demanda, alegar que la utilización de fragmentos de vídeos para sus finalidades educativas está amparada en la doctrina del *fair use* y tendrán que probarlo o se expondrán a pagar la millonaria indemnización.

Ahora bien, es cierto que la Universidad tiene argumentos fuertes para alegar que los usos de e-Televisión constituyen *fair use*. En base a lo anteriormente analizado, el precedente apunta a que al tratarse de solo fragmentos de las obras originales, presentados acompañados de un análisis crítico que los asocia con conceptos del periodismo, la ética y el derecho el uso es transformativo.

Sí, la obra original es de naturaleza creativa, pero los usos de los canales de VOD no suplantán a la obra original en ningún aspecto, de hecho dependen de ella para su análisis. Como hemos dicho se trata de fragmentos, y por mucha extensión que puedan tener, no son la parte sustancial de las obras, son solo las partes que permiten el análisis crítico con fines educativos que es el objetivo de los canales.

De la misma forma, se trata de un uso no comercial y sería difícil poder argumentar que realmente afectan al mercado o al valor de la obra protegida pues no compiten con ella en forma alguna. De hecho, es probable que un alumno que vea el clip de vídeo presentado junto con un análisis crítico se interese por la película y procure verla al completo, para lo que deberá de adquirirla o tener acceso a ella, muchas veces mediante pago. Así, en lugar de afectar al mercado de la obra, le beneficiará.

Aún así, el análisis del *case law* respecto del *fair use* también nos ha demostrado que los jueces pueden ser imprevisibles en sus decisiones y no hay consistencia entre lo que se opina, ni se sigue un solo criterio definido. Ciertamente hay tendencias, pero eso no garantiza nada. Así, el riesgo de que la Universidad y los demás responsables puedan ser condenados al pago de una indemnización existe.

Pero el problema es que el impacto económico está ahí, no solo por la posibilidad de ser condenados, sino porque acudir a un juicio a intentar defenderse conlleva un coste económico también y dicho coste no es despreciable. La Universidad tendrá dos opciones, llegar a un acuerdo que puede implicar pagar alguna cantidad o someterse a un largo juicio con resultado incierto, pero en el que aún ganando, es posible que al final se quede con la cuenta de sus abogados, que sin duda no será barata.

Otra opción sería inmediatamente eliminar los canales de Internet y todos sus contenidos, pero aquí el riesgo es incuantificable pues conlleva una inhibición del derecho a la libertad de expresión e incluso a la libertad de cátedra.

Hemos dicho que el *fair use* se decide caso por caso, pues no se trata de una lista cerrada de casos en los que una obra puede ser utilizada sin autorización, se trata de un *test* que toda utilización no autorizada debe de pasar y la única forma de realizar este *test* es en un litigio, que por supuesto, conlleva unos costos.

Decherney (2012:228) ofrece un estimado de cuánto podría costar ser encontrado culpable de infringir los derechos de copyright en EEUU y ser condenado a pagar daños y perjuicios por ello, es decir, a lo que una persona podría exponerse si, en un juicio, la utilización no autorizada de una obra para fines de, digamos, crítica o ilustración de la enseñanza, por algún motivo no es considerada como *fair use* por el Tribunal de turno.

Según las estimaciones del autor, en base a que la legislación norteamericana establece que los daños y perjuicios ascienden a entre \$200 y \$30,000 dólares americanos por obra cuyos derechos han sido vulnerados, cantidad que puede llegar a los \$150,000 dólares por obra si se considera que la infracción ha sido hecha con dolo; estaríamos hablando de indemnizaciones potencialmente millonarias.

Si decíamos en nuestro ejemplo que la empresa *X-Studios* alegaba que 60 de sus obras habían sido utilizadas sin su autorización, estaríamos hablando por lo menos de entre \$12,000 a \$1, 800,000 dólares americanos, más las costas del juicio y otros costes legales. Además, están los costes legales de la defensa que aparecerán incluso si se gana el juicio.

Pretender defender que una utilización no autorizada es *fair use* puede tener consecuencias económicas muy importantes si el juez o tribunal no le dan la razón a quien invoca la defensa. A esto habría que añadir los costos legales, y por supuesto, el tiempo que llevará llegar a la resolución total

del juicio, que generalmente se cuenta en años, con lo que parece que invocar el *fair use* en realidad es un lujo al alcance de unos cuantos.

Ahí es donde creemos reside un gran problema con el *fair use*, no es solo un privilegio en el sentido de que permite usos que normalmente no estarían permitidos como ha dicho la jurisprudencia norteamericana. También es un privilegio pues puede ser que esté al alcance de muy pocos, los que puedan permitírselo, económicamente hablando, debido al riesgo que supone una condena, como vemos incluso difícil de asumir para una Universidad, ya no digamos para un particular.

Como el resultado de un juicio de *fair use* es incierto, esto puede causar que gente creativa, tanto en tecnología como en las artes, no se atreva a emprender proyectos que involucran obras protegidas que pertenecen a terceros (Ibíd.:156).

¿Cómo puede romperse con esa incertidumbre? En un sistema como el del copyright, basado en el precedente, la manera de crear dicho precedente es a través de las decisiones judiciales. Luego entonces, la manera de generar precedente para el *fair use* que determine con mayor claridad qué usos pueden ser considerados como tal y qué usos no están permitidos, es a través del litigio, que como hemos dicho, puede ser muy costoso.

No todo ejemplo de un uso amparado en el *fair use* debe de terminar en un litigio, pues como decíamos, uno puede optar por inhibirse de utilizar obras ajenas. Sin embargo, ignorar al *fair use* “puede perpetuar la incertidumbre en el mercado de la creatividad” (Ibíd.:157).

Como al fin y al cabo el *fair use* es una defensa ante una acusación de infracción al derecho de autor, se puede convertir en un pico de montaña, muy cuesta arriba cuando la parte demandada en el juicio es un emprendedor, un músico que comienza su carrera, un director de cine independiente, un profesor o incluso un alumno.

Aunque una solución podría ser revertir completamente la carga de la prueba y que en todo caso deba ser el tenedor de derechos el que deba de probar que existe una infracción a sus derechos,

el problema del litigio sigue sin resolver, pues seguirá siendo igual de largo y costoso y por lo tanto el equilibrio de fuerzas sería el mismo cuando el tenedor de los derechos es una gran empresa y la parte demandada un particular.

Por el contrario, cuando legítimamente un tenedor de derechos efectivamente sufra una vulneración a su derecho, si este es el “pez pequeño” y el que hace el uso autorizado una gran empresa, también los costes del juicio pueden ser difíciles de asumir.

Según un análisis hecho por Voegtil (1997:1216), el riesgo de litigio es alto, los costos pueden ser enormes y los riesgos de ser condenado como infractor no son insignificantes. El análisis de la casuística hecho por esta autora demuestra que, recurrentemente, usos considerados como menores no han sido valorados como *fair use*. Para Pallas Loren (2000:1), esto quiere decir que *de facto*, el tenedor de los derechos tiene un poder de censura sobre cualquiera que pretenda utilizar su obra.

Según Tehranian (2004-2005:507) un examen de la historia del *fair use* revela que la doctrina no existe para defender el acceso del público a las obras creativas sino que juega un papel fundamental en la expansión del monopolio procurado por el copyright, lo que tiene un alto costo para el progreso de las artes. Ello a pesar de que como dijo el Director General de la OMPI (Gurry, 2011), el objetivo del derecho de autor debe de ser promover el dinamismo cultural, no preservar o promover intereses comerciales establecidos.

En realidad, parece que el *fair use* ha generado una situación en donde el copyright tiene una gran capacidad para proteger al tenedor de las obras protegidas pero al mismo tiempo tiene el efecto indeseado de contribuir a desincentivar la utilización de contenidos protegidos a partir de los cuales se puedan crear obras nuevas o de desalentar la utilización de obras protegidas para fines como la cita o la crítica, que están íntimamente ligados con la libertad de expresión.

### **6.2.5 Expansión de la doctrina del *fair use* en el Derecho internacional y su posible adopción en países como España: lecciones de la experiencia estadounidense.**

Con base en todo lo que hemos analizado no parece conveniente que la doctrina del *fair use* deba de ser incorporada en el ordenamiento jurídico español o en cualquier otro. Por lo menos no en la forma en que se ha hecho en Estados Unidos.

Como hemos visto, el caso *Folsom v. Marsh*, que se considera el que ha instaurado el *fair use* moderno, estableciendo sus cuatro factores o criterios, que después fueron codificados, en la Ley de Copyright de 1976, en su §107.

Sin embargo, ese hecho sin duda histórico, tiene un lado oscuro. Como varios autores han apuntado, en realidad, la instauración de la doctrina del *fair use* en el derecho norteamericano supone un giro de tuerca a la concepción del copyright en EEUU desde una concepción utilitarista hacia el Derecho natural.

Desafortunadamente, lo anterior ha supuesto un golpe para el dominio público puesto que con el *fair use*, en su concepción actual, cualquier uso no autorizado se presume una infracción a los derechos de explotación del titular de los derechos salvo que se pruebe lo contrario de acuerdo con los cuatro factores del *fair use*.

Un análisis de la jurisprudencia más importante respecto de la doctrina del *fair use* ha demostrado que en realidad no existe un consenso sobre qué significa precisamente cada uno de los cuatro factores y tampoco existe una tendencia clara sobre cómo interpretarlos.

Las tendencias se inclinan mayormente en dos sentidos: uno es dar el mayor peso al cuarto factor, que analiza el efecto que tiene la utilización en el mercado potencial o en el valor de la obra protegida. Dicho factor ha sido calificado como el único realmente determinante por la jurisprudencia, lo que hace que el *fair use* esté excesivamente centrado en los efectos económicos de



la utilización, dejando de lado, como consecuencia, valoraciones respecto de libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la cultura o a la educación.

La otra tendencia es dar más peso al primer factor, que analiza el propósito y naturaleza de la utilización, especialmente en lo que respecta a si un uso puede ser considerado como transformativo. Al final, reducido a su mínima expresión, esta valoración también considera cuestiones económicas.

Además, como ya hemos podido ver, entre los jueces encargados de decidir los casos en que se invoca la doctrina o defensa del *fair use*, también existe la concepción errónea de que el copyright solo existe para proteger los derechos económicos de los tenedores de los mismos, considerando esto un fin en sí mismo, como ya apuntábamos en el capítulo 1 de este trabajo. Esto solo contribuye a exacerbar el carácter del *fair use* como un criterio que solo toma en cuenta aspectos en su mayoría económicos, y deja de lado las otras dimensiones del derecho de autor.

Pero, de cualquier forma, no puede decirse que una tendencia predomine sobre otra y he ahí el problema, la incertidumbre. No es fácil poder determinar *a priori* si un uso no autorizado que creemos justificado realmente será valorado como *fair use*.

Dicha incertidumbre, aunada a los costes asociados con ir a juicio para defender un uso no autorizado como legítimo más el riesgo de ser encontrado infractor de los derechos de copyright de un tercero, que puede dar lugar a una fuerte multa económica puede resultar en que los usuarios declinen hacer cualquier utilización de obras ajenas por temor a verse inmiscuidos en un costoso y largo proceso legal, con las consecuencias que esto tiene para la creación de obras nuevas y para la misma libertad de expresión.

Al mismo tiempo, como el desarrollo de la doctrina del *fair use* en EEUU depende de la jurisprudencia, los imposibles costos de un litigio hacen que la incertidumbre que rodea a la doctrina pueda despejarse en un futuro cercano, y además se corre el peligro de que en los casos que si

lleguen a juicio, el criterio de que el *fair use* solo debe proteger intereses económicos de los tenedores se siga perpetuando.

Se podría decir que el *fair use* puede ser una alternativa válida cuando se combina con una lista exhaustiva de límites al derecho de autor, pero si este problema de la incertidumbre se traslada al ámbito de nuestro Derecho, lo único que se generará será una lista exhaustiva que permite usos bastante restrictivos y por otro lado, un estándar abierto, lleno de incertidumbre y al que pueden acceder solo unos pocos que puedan asumir los riesgos y costes de un juicio.

La Ley de Copyright norteamericana también contiene algunos límites específicos a los derechos exclusivos, en las secciones 108 a 113 que establecen por ejemplo un límite que permite ciertas reproducciones hechas por bibliotecas y archivos (§108) o las grabaciones efímeras (§112). No parece que en su sistema del derecho de autor tengan menos problemas que nosotros.

Pretender arreglar la regla de los tres pasos, con la creencia de que el *fair use* es un modelo a seguir en cuanto a que es un estándar abierto y flexible, y aplicar la forma de interpretar este último a la regla que nació en el convenio de Berna puede generar más problemas que beneficios y dejar a la regla con el mismo problema: una protección exagerada de los intereses económicos sin tener en cuenta la protección del interés general, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Antes de proponer seriamente la incorporación de la doctrina del *fair use* o una forma de limitar al derecho de autor similar, habrá que abordar todas estas cuestiones y proponer maneras de resolverlas en materia de lo posible.

Mientras tanto, no podemos recomendar la expansión de la doctrina del *fair use* y adoptarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una solución válida al problema actual que supone la regulación en materia de los límites al derecho de autor.

### **6.3 Las licencias *Creative Commons*: ¿Alternativa válida a los límites al derecho de autor?**

Decíamos en el capítulo 5 que las medidas tecnológicas de protección y su regulación suponen un severo problema para la existencia de los límites al derecho de autor, *fair use* incluido. Entre las disposiciones para la protección de las mismas está aquella que delega en los acuerdos de uso o términos de usuario las condiciones de acceso y utilización de las obras protegidas puestas a disposición del público a través de las redes digitales, de Internet.

Cada vez más, las obras protegidas se distribuyen exclusivamente a través de Internet, lo que eventualmente, si se mantiene la tendencia, someterá prácticamente la mayoría de los contenidos a dichos acuerdos de usuario, que no son otra cosa que licencias que dictan en qué condiciones se podrá acceder y utilizar obras protegidas, y también a qué precio.

La cuestión ha sido reconocida por los autores, particularmente por Lawrence Lessig quien decía que a través de la utilización de código informático, es decir a través de software, especialmente en Internet, la tecnología se convierte en un medio para borrar el *fair use*, o en nuestro caso, para eliminar los límites al derecho de autor. La legislación solo sirve para respaldar la eliminación de los límites (Lessig, 2005:160).

Lessig decidió proponer una solución a esta situación, y junto con Hal Abelson y Eric Eldred crearon la organización llamada *Creative Commons*, famosa por sus licencias del mismo nombre.

En las palabras del mismo Lessig (Ibíd.:282), la meta de *Creative Commons* es crear una capa *razonable* de derechos de copyright por encima de los extremos que existen en la actualidad. Esto se logra haciendo que la gente pueda crear a partir de las obras de otros fácilmente, convirtiendo en algo simple el que los creadores expresen la libertad que tienen otros para utilizar y crear a partir de su trabajo. Etiquetas, aunadas a descripciones que las personas pueden entender, atadas a su vez a licencias *a prueba de balas* hacen esto posible. Su filosofía puede resumirse en los mantras “*some rights reserved*” (algunos derechos reservados), y “*no rights reserved*” (sin derechos reservados).

Las licencias *Creative Commons* son licencias legales cuya intención es permitir a cualquier usuario decidir cómo publicará su obra y qué derechos se reserva sobre la misma, estableciendo en la misma qué usos están permitidos sobre la obra protegida. Así, las licencias pueden exigir la atribución al autor, permitir los usos transformativos o cualquier otra utilización incluso para fines comerciales si el autor así lo desea.

*Creative Commons* ofrece actualmente licencias adaptadas a distintos ordenamientos jurídicos, e incluso una versión internacional, pensada para ser utilizadas en cualquier país.

La versión actual de las licencias se llama 4.0. y existen seis de ellas, cuyo texto hemos extraído de (Licencias *Creative Commons* 4.0, 2013) y presentamos a continuación:

- Reconocimiento (by). Permite cualquier explotación de la obra, incluyendo una finalidad comercial, así como la creación de obras derivadas, la distribución de las cuales también está permitida sin ninguna restricción.
- Reconocimiento/No comercial (by-nc). Permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar la obra original con finalidades comerciales.
- Reconocimiento/No comercial/Compartir igual (by-nc-sa). No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.
- Reconocimiento/No comercial/ Sin obra derivada (by-nc-nd). No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.
- Reconocimiento/Compartir igual (by-sa). Permite el uso comercial de la obra y de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

- Reconocimiento/Sin obra derivada (by-nd) Permite el uso comercial de la obra pero no la generación de obras derivadas.

Cada licencia está acompañada de un extenso texto que explica a detalle todas sus implicaciones, los derechos que se reservan y los derechos que se otorgan. Entre otras cosas se informa que las licencias tienen carácter de irrevocables por lo que si el autor o tenedor de derechos quiere dejar alguna parte de su obra fuera del ámbito de la licencia debe informarlo con la mayor claridad posible. Además, cada licencia va acompañada de una versión de la misma en código informático, lo que permite a los sitios web reconocer bajo qué licencia están divulgados los contenidos, de manera automática y así dichos contenidos pueden ser encontrados en la red.

La explicación de cada licencia deja claro que las licencias no aplican cuando un límite al derecho de autor permite la utilización de una obra protegida bajo el amparo de dicho límite y por supuesto, las obras que ya están en el dominio público no pueden ser sometidas a licencias *Creative Commons*.

Los derechos morales, como es de esperarse, también quedan fuera del ámbito de las licencias y por supuesto deben de ser respetados. También se permite que una obra sea divulgada directamente al dominio público, sin reservarse ningún derecho sobre la misma.

Las licencias suelen ir acompañadas de los siguientes íconos que representan a cada una:



Imagen 6.1 Íconos de las licencias Creative Commons (Fuente: <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>)

Las licencias han sido muy bien recibidas a nivel internacional y son muy utilizadas en Internet, en sitios como Youtube, en blogs y miles, quizás millones de páginas alrededor del mundo. Particularmente con fines educativos, las licencias gozan de una gran popularidad. Universidades, bibliotecas, archivos, instituciones e incluso empresas privadas de todas partes del mundo las utilizan para distribuir contenidos a partir de Internet.

La página Flickr, sitio web que funciona como un archivo virtual de fotografías, a octubre de 2011 tenía más de 200 millones de fotografías distribuidas bajo licencias *Creative Commons* por lo

que debe de haber varios cientos de millones de obras de toda clase bajo esas licencias en la actualidad (Kremerskothen, 2011).

Existen otros tipos de licencias similares, parte del movimiento conocido como *Copyleft* pero en la actualidad probablemente ninguno se acerque a la popularidad de *Creative Commons*. Por supuesto, como no podía ser de otra forma, existen voces críticas con estas licencias.

### **6.3.1 Opiniones críticas con *Creative Commons*.**

La primera preocupación con respecto de las licencias *Creative Commons* debería de ser su reconocimiento legal.

Esta es una preocupación que autores como Pallas han resaltado, apuntando la necesidad de que los tribunales den reconocimiento legal a la esfera de derechos, tanto públicos como privados, contienen las licencias *Creative Commons* (Pallas Loren, 2007:328).

Actualmente existen precedentes de Tribunales nacionales que han reconocido a las licencias *Creative Commons*, obligando al cumplimiento de lo establecido en las mismas. Según la página web de la misma organización *Creative Commons*, las licencias han sido estudiadas por Tribunales de Bélgica, Países Bajos, Alemania, Estados Unidos y España (*Creative Commons Case Law*, 2013).

Entre los casos más interesantes a nivel internacional están:

- En Países Bajos, en el asunto *Curry v. Audax*, un Tribunal reconoció la validez de la licencia *Creative Commons* sobre unas fotografías que fueron utilizadas en una publicación periódica. Este es el primer precedente de que las licencias *Creative Commons* son válidas y que su cumplimiento puede ser exigido ante un Tribunal.
- Jacobsen V. Katzer (2008), decidido en un Tribunal de Apelación norteamericano. La corte dictaminó que la violación de los términos de una licencia *Creative Commons* debe ser reclamada como una violación del copyright, y no como la vulneración de un contrato.

El Tribunal deja claro entonces que una licencia *Creative Commons* no es un contrato entre partes.

- En Bélgica, un Tribunal de primera instancia reconoció la validez de las licencias *Creative Commons* bajo las cuales un grupo musical dio a conocer su obra y además reconoció que aunque dicho grupo musical no fuera parte de una sociedad gestora de derechos de autor tenía derecho a que su licencia fuera respetada y que también tenía derecho a una indemnización por la vulneración de sus derechos.

En España, son ya varias las sentencias que han analizado a las licencias *Creative Commons* y su validez. La primera instancia en que se reconocen las licencias Creative Commons se da en 2006, en una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Badajoz (Sentencia Nº 15/2006, de 17 de febrero) que reconoció que las licencias permiten a terceros, en determinados casos, poder utilizar obras libre y gratuitamente con mayor o menor extensión y en otras ocasiones, las licencias sujetan determinados usos al pago de derechos de autor. Como el demandado pudo probar que utilizaba solo música bajo licencias *Creative Commons* y que dichas obras no estaban bajo la gestión de una sociedad de gestión (SGAE), fue absuelto. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (SAP de Pontevedra, de 29 de noviembre de 2005, ROJ 3008/2005) llega a conclusiones similares.

A nuestro parecer, la sentencia más relevante en España es la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 2011 (SAP de Madrid, de 18 de febrero de 2011, ROJ: 3375/2011). Este caso conoce de una demanda interpuesta por las sociedades de gestión colectiva AGEDI y AIE en contra de la empresa Paradoja, S.L, a la cual se le acusaba de infringir los derechos de propiedad intelectual de obras gestionadas por dichas sociedades al comunicar públicamente y sin autorización canciones y sin satisfacer la remuneración legalmente establecida para productores de fonogramas y artistas, intérpretes o ejecutantes.



Dichas comunicaciones públicas se dieron dentro de un bar propiedad de la demandada. Paradoja, S.L. alegaba que la música que se escuchaba en su bar eran temas musicales bajo licencias Creative Commons. La parte demandada fue condenada.

Respecto de las licencias *Creative Commons*, la mencionada sentencia de la AP de Madrid dice lo siguiente:

- Cuando un usuario decide utilizar una obra bajo licencia *Creative Commons* se convierte en licenciatario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones que el autor ha establecido para el uso de su obra.
- Las licencias se refieren solamente a los derechos de autor, pero no a los de los intérpretes o productores.
- Una obra divulgada bajo una licencia *Creative Commons* no equivale a una obra no protegida por el derecho de autor: “no puede identificarse la obra bajo licencia CC con la inexistencia de derechos protegidos.” Se trata, según la Audiencia, de obras en las que el autor se reserva unos derechos y autoriza otros, según cada caso.

Otras sentencias han utilizado el precedente que sienta la sentencia de la AP de Madrid. *Vid:* Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 6 de marzo de 2013, ROJ: 794/2013; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de 16 de octubre de 2013, ROJ: 3574/2013 o más recientemente la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja Logroño, Sección Primera, de 3 de marzo de 2014, ROJ: 119/2014.

En nuestra opinión, la Sentencia de la Audiencia de Madrid, además de servir para reconocer la validez de las licencias *Creative Commons* en España, que ya habían sido reconocidas en sentencias anteriores, evidencia un problema de las mismas licencias. La dificultad que puede tener el usuario medio para entender lo que implica cada licencia y la dificultad que puede existir a la hora de determinar a quién corresponden ciertos derechos sobre la obra.

Como las licencias *Creative Commons* recaen solo sobre los derechos del autor, que es libre de ceder la parte que quiera, en casos como los de la música, puede ser complicado determinar si algún productor o intérprete tiene derechos exclusivos sobre dicha obra que impidan su uso no autorizado. Por lo menos, no es algo fácil de entender para el usuario medio y puede devengar en que estos sean responsables de infracciones de derechos por simple falta de entendimiento.

Otro problema es que las licencias *Creative Commons* no son las únicas licencias con características *Copyleft* como ya apuntamos. Otros ejemplos son las (Licencias *Coloriuris*) o la (*Free Art License* 1.3, 2005). Si se trata de software existen las *General Public Licenses (GPL)*, que además ofrecen las (*GNU General Public License*, 2014) que se aplican a obras de naturaleza escrita.

Especialmente cuando hablamos de contenidos multimedia, si los elementos que formarán nuestra obra derivada están cada uno sujeto a una licencia distinta, la compatibilidad jurídica entre lo dispuesto por una y lo dispuesto por la otra, es decir, lo que unas permiten pero otras prohíben puede ser un verdadero dolor de cabeza y tan complicado como gestionar licencias de contenidos en el derecho de autor tradicional.

Lessig reconoció que esto podía presentar un problema sobre todo respecto de obras que incorporan otras mezclando licencias diferentes y no necesariamente compatibles entre sí. Esto puede incluso resultar en demandas por utilizaciones no autorizadas de contenidos (Fitzgerald, 2005).

Para Shaffer van Houweling (2007:943) este es el problema del futuro, y se dará una situación completa debido a la proliferación y co-existencia de una multitud de licencias que comparten la disposición de que las obras derivadas de las obras que están dentro de su ámbito deben de ser a su vez distribuidas con licencias bajo los mismos términos.

Lo que está claro, por lo menos, es que la preocupación que exponía Pallas se ha disipado y parece que la jurisprudencia alrededor del mundo no tiene problemas para reconocer y exigir el

cumplimiento de las licencias *Creative Commons*, aunque sin duda, su compatibilidad con otros esquemas de licencias similares será un problema en el futuro.

Ahora bien, existen otras cuestiones que han sido resaltadas por la doctrina. Una de ellas es en referencia a su mismo concepto. Las licencias ofrecen usos libres que van más allá de los que pueden ser permitidos por el *fair use* (Lessig, 2005:283).

Irónicamente, el concepto de *Creative Commons* es similar al concepto del *fair use*, que hemos criticado anteriormente, en donde todos los usos están prohibidos, salvo que pueda probarse lo contrario.

El problema de *Creative Commons* es que depende de entender al derecho de autor desde el concepto de la propiedad tradicional. Esto es lo que permite a los usuarios decidir qué hacer con su contenido, dejando la puerta abierta a la colaboración o a los usos con fines comerciales si así lo desean. Ahí está la cuestión: se concibe al derecho de autor como un derecho de propiedad y esto puede reforzar la creencia de que el compartir obras protegidas siempre está prohibido salvo que se autorice lo contrario (Elkin-Koren, 2006:334 y 337).

Según Dusollier (2006:283) al utilizar las licencias para hacer cumplir la voluntad del autor, *Creative Commons* está haciendo lo que intenta arreglar del copyright. Esa es la ironía de la que hablamos, pues el concepto de *Creative Commons* es que, en principio, todos los usos sobre la obra están prohibidos, salvo que se permitan en la licencia.

De acuerdo con Lessig (2005:283-284), uno de los objetivos del movimiento *Creative Commons* es ayudar a construir el dominio público y demostrar la importancia que tiene el dominio público en la creación de obras nuevas. Pero, si se hace mal uso de ellas, las licencias tienen el potencial de tener el efecto contrario sobre el dominio público.

Con *Creative Commons* se extiende la práctica de divulgar contenidos bajo licencia entre los particulares, algo que solía ser algo propio de las grandes empresas dedicadas a la explotación de

contenidos. Los particulares siempre han sido dueños de sus obras y siempre han distribuido sus contenidos libremente en la red, esto es lo que llevó a Internet a ser lo que es (Elkin-Koren, 2006:337).

*Creative Commons* extiende la creencia entre los particulares de que todo contenido debe de ser distribuido bajo una licencia, especificando qué se puede hacer y qué no. Meras fotografías, *tweets*, correos electrónicos, comentarios en foros, entradas minúsculas en blogs, todo eso se licencia hoy en día y realmente no hace falta. Crecen las licencias, y se reduce el dominio público.

Según un estudio (Coates, 2007), la restricción más común por la que optan los usuarios en sus licencias *Creative Commons* es la de que las obras no puedan ser utilizadas con finalidades no comerciales (el 67% del total de las licencias) y el segundo es la opción compartir igual que impone la necesidad de que las obras derivadas utilicen la misma licencia que la obra original (45.4%). Como ya dijimos, esto es un potencial problema para las obras que se componen a partir de múltiples obras ajenas, aunque habla bien de los usuarios, respeto de que entienden la necesidad de fomentar la creatividad a través de la reutilización de obras ajenas.

También es notorio que menos del 4% elige divulgar sus obras sin reservarse ningún tipo de derecho, lo que solía ser una página en Internet como decíamos. El 96.6% de los usuarios exige la atribución de la autoría de su obra, pero como dijimos, a veces *Creative Commons* es utilizado en *tweets* o correos electrónicos y otros elementos que bajo la Ley, no son considerados como obras originales y por lo tanto no son obras protegidas. Se evidencia una mentalidad en que se percibe que todo es propiedad y todo uso, por insignificante, debe ser autorizado. En otras palabras, también se podría decir que *Creative Commons* sirve también para expandir *de facto* el ámbito del derecho de autor.

Esto nos lleva a otra contradicción. Decíamos que Lessig había concebido *Creative Commons* como una solución a un problema que había identificado respecto de los contenidos online, cada vez

más sujetos a medidas tecnológicas de protección y a licencias restrictivas respecto de los usos que se pueden realizar.

Por supuesto, las licencias suelen permitir muchos más usos gratuitos que una licencia tradicional, digamos de Netflix, que suele restringir e incluso prohibir utilizaciones no autorizadas, a veces a expensa de los límites al derecho de autor establecidos en la legislación. Sin embargo, a medida que las licencias se han ido extendiendo entre los particulares, más y más, todo el contenido online estará sujeto a licencias que establecen condiciones unilateralmente, por benévolas que estas puedan ser. Se reduce así el espacio del dominio público, erosionado por las licencias.

Todo esto apunta hacia un problema más, y es el hecho de que, a largo plazo las licencias *Creative Commons* no proponen ninguna solución a los problemas del copyright (Berry, 2005), y para todo el sistema de derecho de autor por extensión.

*Creative Commons* es una propuesta reaccionaria a la situación actual pero no es una solución a problemas como la desmedida expansión del derecho de autor y lo que protege, o el cada vez más largo plazo que dura esa protección. Tampoco propone una solución para los problemas relacionados con las medidas de protección tecnológica o de la tendencia desde ver al derecho de autor desde un punto de vista totalmente económico.

Aunque no resuelve los problemas existentes con los límites al derecho de autor, es cierto también que contribuye a mejorar la situación pues no se puede negar que sus méritos son muchos. Pese a esto, su gran fallo es ser una solución temporal, que no apunta el camino hacia el futuro, solo propone como sobrevivir en el *status quo* (Dusollier, 2006:283).

Al final, es posible que las contradicciones en la filosofía detrás de *Creative Commons* (parece defender aquello contra lo que pretende luchar) apunten a que lo que se propone es sencillamente lo más práctico, lo que se necesita en este momento.

En esos términos pragmáticos, se busca como resultado el que los contenidos circulen más fácilmente, e instaurar una cultura en la que los creadores individuales estén dispuestos a compartir sus obras con los usuarios que también son potenciales creadores individuales.

Se trata de crear un espacio “sano” dentro del campo “enfermo” del derecho de autor. Pese a esto, nos parece difícil que este tipo de licencias puedan cambiar los hábitos de grandes creadores de contenidos y tenedores de derechos respecto de las obras que controlan (Ibíd.:288). Su problema es que no ofrecen, y quizás no buscan, una solución definitiva.

En conclusión, opinamos que las licencias *Creative Commons* son una iniciativa loable y muy valiosa. Sin duda tienen potencial para mejorar la situación actual respecto de los límites al derecho de autor que hoy son muy restrictivos y pueden llegar a tener un cierto impacto positivo en el dominio público siempre y cuando se cree conciencia en el público entre lo que puede ser protegido según el derecho de autor y lo que no.

Se suele decir que su impacto comercial es reducido, debido a que se suele aplicar mayormente a las obras creadas por usuarios individuales que en su mayoría no pretenden lucrar con ellas.

La verdad es que en pocos años han logrado que cientos de millones de obras estén disponibles online bajo términos que al menos, permiten a los usuarios conocer, distribuir e incluso utilizar transformar dichas obras para crear otra y son un aliado importantísimo para los contenidos generados por usuario que proliferan en Internet. Desde esa perspectiva su impacto económico positivo y sobre todo su impacto para incentivar la creación sin duda son más grandes que lo que se piensa.

Para usos educativos o de investigación sin duda son un aliado importante pues permiten flexibilidades que no están presentes en la legislación actual. Además, los usos que liberan de cualquier autorización, junto con aquellos casos en que son utilizadas para ceder las obras

completamente al dominio público sin duda tienen un efecto positivo para reforzarle, siempre que se entienda claramente qué es una obra protegible por el derecho de autor y qué no. Someter a estas últimas a una licencia surte el efecto contrario sobre el dominio público.

Pero como ya hemos dicho, la filosofía detrás de las mismas es preocupante pues perpetúan la idea del derecho de autor visto como un derecho meramente de propiedad, en donde utilizar una obra ajena está prohibido salvo que se diga lo contrario y en donde toda actividad creativa, por mínima que sea, está sujeta a una licencia y mientras más crezcan las licencias, más se reducirá el dominio público.

Como una solución para el hoy y ahora, *Creative Commons* tiene valor, pero está lejos de ser una verdadera solución a los problemas que aquejan al derecho de autor moderno.

#### **6.4 El fortalecimiento del dominio público como solución.**

A lo largo de nuestro trabajo hemos buscado soluciones a los problemas que hemos identificado en el derecho de autor por varios caminos.

Al principio de esta tesis intentamos determinar cuál es la verdadera finalidad del derecho de autor, o por lo menos cuál debería de ser. Concluimos que se busca incentivar la creatividad mediante la recompensa, pero solo para que las obras creadas circulen y sirvan de vehículo para la diseminación de ideas e información que a su vez son el combustible para la creación de nuevas obras. Así se contribuye al avance de las artes y las ciencias en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Con esa finalidad en mente dirigimos nuestra atención hacia la legislación y hacia los límites al derecho de autor, intentando definirlos no como excepciones a la regla general, sino como espacios en donde la protección ya no llega y se permiten usos, como aquellos que buscan beneficiar a la educación y la investigación universitarias pues así el derecho de autor puede coadyuvar al desarrollo de libertades fundamentales como la libertad de expresión y derechos como el acceso a la

cultura y la información y el derecho a la educación. Beneficiando a estas causas de interés público se acercaba más al derecho de autor a su verdadera función, que va en esa misma dirección.

Para que los límites realmente se acercaran a ese concepto ideal de lo que creemos deben ser, buscamos flexibilidades en la legislación internacional, europea y nacional. Cuando no encontramos dichas flexibilidades, propusimos cambios en la legislación para que dichos límites pudieran ser más flexibles, más inclusivos y más efectivos para garantizar la defensa de las libertades fundamentales y el interés general.

Cuando nos dimos cuenta que proponer modificaciones a límites individuales no era suficiente buscamos la manera de eliminar barreras a dichos límites como las medidas tecnológicas de protección y buscamos reinterpretar la regla de los tres pasos para hacerla un instrumento más flexible.

También buscamos la solución en sistemas alternativos como el *fair use* que supone un sistema abierto de limitaciones, pensando que así se podrían salvar las carencias de un sistema de listas cerradas, pero encontramos más un problema que una solución. Con las licencias *Creative Commons* encontramos un paliativo, pero no una verdadera solución.

Y es así que, en busca de una solución más permanente, volvemos al principio, a la finalidad última del derecho de autor que busca incentivar la creación para que las obras circulen y las ideas contenidas en estas sirvan de nutriente para la creación de obras nuevas para así beneficiar a toda la sociedad en su conjunto.

Y es en donde residen las ideas, en donde circulan libremente y de donde los autores beben para crear obras nuevas que a su vez circularán conteniendo nuevas ideas; en el dominio público donde creemos que está la solución.

#### **6.4.1 La importancia del dominio público.**



En el Derecho norteamericano, la frase más conocida respecto del dominio público tal vez sea la escrita por el Magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos Louis Brandeis:

“El principio general del derecho es que la más noble de las producciones humanas – el conocimiento, la verdad establecida, los conceptos y las ideas – se conviertan, después de su comunicación voluntaria a los demás, tan libres como el aire para utilizarse en común” (International News Service V. Associated Press, 1918).

Esta frase, en el contexto de los derechos de autor, y junto con la §8 del artículo 1º de la Constitución norteamericana, que establece el poder del Congreso de EEUU para promover el progreso de las artes y las ciencias a través de la protección de los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras por tiempo limitado sirve para comenzar a delinear las fronteras del dominio público.

Dichas fronteras están marcadas por un lado, por lo que queda fuera del ámbito de protección de la legislación de Derecho de autor, y por el otro, la protección limitada en el tiempo que dichas leyes otorgan a los autores sobre sus obras. De la misma manera, en el ámbito más general de la Propiedad Intelectual, también se delimitan las fronteras del dominio público con respecto de las patentes sobre los descubrimientos y las invenciones.

En el caso específico español y en el resto del mundo, las fronteras se dibujan de una manera similar. La LPI española no es explícita al dejar fuera de su protección a las ideas. Esto se debe a que:

“se trata de una posición común y prácticamente unánime en la doctrina... (que)...la propiedad intelectual no protege las ideas ni la información cuya libre disponibilidad es esencial para el desarrollo del conocimiento social, cultural, económico y científico: no se puede permitir que el primero que descubra una idea o consiga una información detente frente a los demás monopolio o derecho de exclusiva, por mucha importancia y utilidad que tenga ese *descubrimiento* (esa idea o información), por mucho reconocimiento social que merezca” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012:52-53).

Hemos de ir a la legislación internacional, al art. 8.2 del Acuerdo ADPIC, para confirmar la afirmación anterior: “*La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.*”

Se delimita con claridad la frontera espacial, es decir en cuanto al objeto de protección de la Ley y en dónde comienza el dominio público, el lugar en donde las ideas, información o procedimientos circulan libremente y es solo la expresión de las mismas, la que es protegible como obra original.

En España, la frontera temporal está delimitada por el artículo 41 que establece que la extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público (en general, 70 años después de la muerte del autor). Así, las obras pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre y cuando se respete la autoría y la integridad de la obra en los términos previstos por la Ley.

A nivel internacional, podemos remitirnos al Convenio de Berna (art. 7) que establece que la vigencia de la protección que otorga la Ley es de toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte en términos generales. Podemos remitirnos al art. 18 para encontrar la afirmación de que las obras que ya están en el dominio público no gozan de la protección de la ley.

Una frontera delimita lo que siempre pertenece al dominio público por estar fuera del objeto de la legislación, las ideas o la información, y lo que después de un tiempo pasa a ser parte de este, las obras originales que después de un plazo determinado pasan al dominio público en donde pueden ser utilizadas libremente siempre que ciertos derechos morales que no se extinguen con la muerte del autor, sean respetados.

Como ya hemos dicho, las fronteras del dominio público pueden representarse como sigue:



Ilustración 6.1 (Fuente: elaboración propia)

Existe, sin embargo, una tendencia a infravalorar al dominio público y a caracterizarlo como un lugar en donde solo existen contribuciones tan insignificantes que no ameritan la protección de la legislación pues no reúnen los requisitos para ser obras originales o porque son tan antiguas que la Ley no las protege pues se considera que ya no tienen un valor más allá del derecho moral, que en ciertos aspectos, es protegido a perpetuidad, aunque, como sabemos, en algunos ordenamientos jurídicos no se reconoce el derecho moral.

En cierta forma, el dominio público es visto como un cementerio de obras que nadie quiere: “... ha sido concebido como un “espacio” residual, pudiendo describirse como la faz negativa de los derechos individuales de propiedad intelectual susceptibles de protección legal” (Schmitz Vacarro, 2009:347).

Este tipo de visiones sobre el dominio público son desde la perspectiva del derecho de autor como un derecho unidimensional de propiedad, cuyo fin en sí mismo es la protección del autor y su obra, ciertamente limitado, en ocasiones por finalidades sociales pero en donde lo que está en el dominio público se entiende como bienes sin valor que han sido abandonados. Lo que está en el dominio público no tiene importancia y por lo tanto no merece ser protegido, es mínimo o es obsoleto.

En nuestra opinión, esta puede ser una visión válida, pero discutible, de lo que actualmente es el dominio público respecto de las patentes, en donde las invenciones se vuelven obsoletas, pero falla en capturar la importancia del dominio público para el derecho de autor.

La anterior es una visión miope, que se olvida que el derecho de autor es un ecosistema, con creaciones protegidas, pero también con un elemento común, accesible a todos, que es el que hace posible la existencia de nuevas creaciones. El derecho de autor incentiva a la creación y a la difusión de las obras, pues de sus elementos comunes a todos, de lo que está en el dominio público, nacen nuevas obras.

Tomemos el ejemplo de “El Jardín Secreto”, obra literaria que en EEUU entró en el dominio público en 1987. Esto ha generado una gran cantidad de obras derivadas y en diversos medios, obras musicales, películas, obras de teatro y hasta ¡libros de cocina! (Karjala).

Aunque se considere que las obras cuya protección ya ha terminado, han agotado su “vida comercial”, el valor cultural de las mismas incentiva la creación a través de las obras derivadas que a su vez, en la parte de las mismas que es protegible, pasan de nuevo al campo de las obras protegidas y generan un nuevo valor comercial y que eventualmente volverán al dominio público.

Según Litman (1990:967), el dominio público no debe ser entendido como ese terreno en donde reside el material que no se merece la protección de la ley, sino como un medio que permite que el resto del sistema funcione, poniendo a disposición de los autores la materia prima para sus creaciones.

Para Boyle (2008:39-40), el dominio público es la base del arte, de la ciencia y del entendimiento de la condición humana. Es el material en bruto a través del cual inventamos y creamos nuevas obras culturales. El mercado, la democracia, la ciencia, la libertad de expresión y el arte dependen mucho más del dominio público que del material protegido por el derecho de autor.

El dominio público no es una frontera olvidada al margen del sistema del derecho de autor, sino que su relación con el mismo es parte del engranaje que permite a la legislación en la materia avanzar hacia las finalidades de incentivar la creación y de procurar la difusión de la cultura y el conocimiento.

Su importancia puede resaltarse desde el punto de vista del objeto de la protección del derecho de autor. Los aspectos de las obras que no se protegen no quedan fuera del derecho de autor porque no tengan importancia sino al contrario. Esas partes que no se protegen, como las ideas o la información, se consideran tan importantes para el interés público que la sociedad exige que el acceso sin restricciones a las mismas sea inmediato (Litman, 1990:1001), o permanente.

También sería el caso de ciertos tipos de obras, que la misma legislación excluye de la protección. Por ejemplo, en el caso de España, el art. 13 LPI excluye de la protección a las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

Se puede resaltar la importancia del dominio público en cuanto a la frontera de la temporalidad de la que hemos hablado. Como se ha dicho desde el Derecho de la Información, el derecho de autor es en sí mismo una excepción a la libertad de expresión y de información.

Siguiendo la misma línea argumental, se puede decir que la exclusividad que otorga el derecho al autor (o al tenedor de los derechos) sobre sus obras puede entenderse como una excepción temporal al dominio. Una serie determinada de derechos exclusivos se protegen por un tiempo determinado, de tal manera que permitan obtener un rédito económico al autor que le compense al tiempo que le incentiva a seguir creando, pero con el objetivo de que dichas obras eventualmente pasen al dominio público en interés de la generalidad.

Respecto de ambas perspectivas cobran importancia los límites al derecho de autor respecto del papel que juegan para asegurar la buena salud del dominio público, asegurándole espacios dentro de las obras protegidas mientras dura la protección de la Ley.

Los límites a los derechos exclusivos están al servicio del dominio público. Durante el tiempo que la ley otorga al autor o al tenedor de los derechos ese dominio exclusivo sobre la utilización de sus obras, los límites marcan un espacio, que permite la utilización de obras libremente a pesar de que estas aún no están en el dominio público. Dicha utilización libre, sujeta a ciertas condiciones, también está justificada en el interés público y sirve para que las ideas y la información circulen mejor, cuando están contenidas en obras cuyo tiempo de protección aún no ha expirado.



Ilustración 6.2 (Elaboración propia).

Como las ideas y la información van contenidas en la expresión de las mismas, los límites aseguran que en ciertos casos dichas expresiones específicas (obras) puedan circular con cierta libertad, para que las ideas que contienen puedan circular con igual libertad en el dominio público.

Es esa causa de interés público la que justifica la existencia de los límites al derecho de autor, como vimos en el capítulo tres, existen varias causas distintas que nos permiten clasificar a los límites según defienden libertades fundamentales u otras finalidades consideradas de utilidad

pública. Es el caso del límite de cita, cuya justificación es la protección de la libertad de expresión o del límite de ilustración de la enseñanza que ayuda a garantizar junto con el primero la libertad de expresión en el ámbito académico y también vela por el interés general de asegurar la educación de los miembros de la sociedad.

Ahí reside también la importancia de nuestro esfuerzo en capítulos anteriores por encontrar flexibilidades en la regulación de los límites al derecho de autor y de hacer una propuesta para dárselas cuando no hemos podido encontrarlas. Unos límites robustos, flexibles e inclusivos, permiten conseguir las mismas finalidades que el dominio público respecto del interés general. De ahí que consideremos fundamental límites como el de cita e ilustración de la enseñanza y la investigación.

Sobre todo frente a concepciones excesivamente proteccionistas respecto de los derechos exclusivos, que son de carácter económico, reside la importancia de los límites para el dominio público, pues proporciona ese espacio de libre circulación de ideas e información dentro de la protección de la Ley. Mientras las obras no cruzan la frontera y pasan al dominio público, los límites dibujan una línea de libertad.

Los límites difícilmente son la mejor solución pues necesariamente estarán restringidos en cuanto a sus destinatarios, las obras que pueden ser utilizadas, la extensión en que pueden ser utilizadas o los derechos exclusivos que limitan y siempre estarán restringidos respecto de la finalidad que persiguen. Si no estuvieran restringidos, entonces anularían a los derechos exclusivos de la misma manera que cuando los derechos otorgados a los autores o a los titulares de los derechos son demasiado amplios (ver el caso de las medidas tecnológicas de protección) terminan por anular a los límites.

El espacio de libertad que proporcionan los límites al derecho de autor no puede compararse con la libertad existente en el dominio público. Ambos persiguen el bienestar de la sociedad en su

conjunto mediante la defensa de sus derechos, libertades e intereses y entre los dos, el que mejor puede hacerlo el dominio público. Entonces, lo mejor, en cuanto al mayor beneficio de la sociedad se refiere, es fortalecer el dominio público.

Sin embargo, resulta que en el derecho de autor, se ha dado la situación contraria y paulatinamente se han expandido los derechos de autores y titulares y se ha reducido el espacio del dominio público.

#### **6.4.2 La expansión del derecho de autor y la reducción del dominio público.**

Es fácil ver cómo, siguiendo con la metáfora que hemos utilizado para abrir este apartado 6.4, las fronteras del derecho de autor pueden ensancharse en detrimento del dominio público. A lo largo de la historia el ámbito de protección de la legislación y las obras que se consideran como protegidas se ha ido ampliando paulatinamente, para proteger a las obras originales y después a las derivadas, después a prestaciones que no son consideradas como obras pero que otorgan ciertos derechos y así sucesivamente, llegando a incluso a utilizar la tecnología para anular a las limitaciones al derecho de autor establecidas en la legislación.

De la misma forma, se pueden ensanchar las fronteras temporales, como también ha sucedido a lo largo de la historia, mediante la ampliación de la duración de la protección de los derechos exclusivos hasta los términos vigentes actualmente, que son mucho mayores de los que existían originalmente.

##### **6.4.2.1 La expansión del objeto y del contenido del derecho de autor.**

Como hemos dicho, la historia del derecho de autor nos muestra que el objeto de la protección ha ido aumentando paulatinamente, de manera sostenida. Recordemos que el derecho de autor, originalmente, en los tiempos del Estatuto de Anna, era simplemente el *copy-right*, o el derecho a controlar la realización de copias, que por supuesto era lo único que permitía la tecnología



de la época, pues los únicos medios de reproducción de obras literarias eran o la copia a mano o la imprenta.

En España, en la legislación del siglo XVIII, se controlaba el llamado derecho a imprimir y los derechos exclusivos recaían sobre obras literarias, sobre el material impreso. Tanto el objeto de la protección, es decir, lo que se consideraba como obras, como el contenido, es decir los derechos que se tienen sobre dichas obras se han ido expandiendo con el tiempo.

En los tiempos del estatuto de Anna no había la posibilidad de fijar la interpretación de obras, la tecnología solo permitía copiar las partituras. No había medios de fijar la puesta en escena de obras de teatro en algún soporte que permitiera su explotación, solo era posible hacer una copia del libreto. No había tecnología que permitiera la realización de fotografías o de películas. Conforme fue apareciendo más tecnología, fueron apareciendo mayores posibilidades de explotar obras y por lo tanto fueron apareciendo más categorías de obras protegibles y más derechos relacionados con su explotación.

Pero decir que la expansión solo se ha dado a medida que los medios técnicos han avanzado sería un error. La expansión en las categorías de obras que pueden ser protegidas no solo se ha dado en función de los soportes. Por ejemplo, en un principio, la ley de copyright estadounidense, solo protegía ciertas obras: libros, mapas y cartas de navegación, pero en la actualidad los diseños arquitectónicos, los directorios telefónicos y otras compilaciones de hechos, reportes financieros, fotografías o el software, entre otros, están protegidos (Beckerman-Rodau, 2010:64). Varios de ellos, como vemos, son materiales impresos, como al principio y no todos son producto de lo que identificamos como una nueva tecnología.

En la LPI española actual (art. 10) también se incluyen obras similares además de lo que clásicamente se consideraba una obra literaria, artística o científica, pues podemos encontrar proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y también de ingeniería; diseños

relativos a la fotografía, la geografía o la ciencia e incluso, respecto de obras plásticas, los ensayos o bocetos de las mismas. Incluso el título de una obra original es protegible.

Tanto se ha expandido el objeto de la protección del derecho de autor que en general, las legislaciones suelen dejar abiertas las categorías de obras que pueden protegerse. Las listas que aparecen en la legislación suelen ser ilustrativas pero no limitativas. Sirven simplemente de orientación para lo que puede protegerse. Desde el plano internacional, el art. 2.1 del Convenio de Berna protege “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico cualquiera que sea el modo o forma de expresión” y también provee una lista a modo de ejemplo, pero que no es en ninguna forma exhaustiva.

En Estados Unidos, desde que entró en vigor la Ley de Copyright de 1976, expandiendo el objeto de la protección, la presión sobre el dominio público ha aumentado. Esto se ha dado por lo dispuesto en la ley pero también por intentos por la vía judicial de reclamar los derechos exclusivos. Por ejemplo, la protección a través de la ley de las retransmisiones televisivas ha resultado en litigios que buscan determinar qué tanto de lo que vemos en la televisión puede ser considerado como protegible (Litman, 1990:988).

Como decíamos, con el paso del tiempo, a la par de la aparición de nuevas tecnologías que permiten novedosas formas de explotar las obras y nuevos medios de difusión, el ámbito de protección del derecho de autor también se ha ido expandiendo, hasta la pléyade de derechos exclusivos y derechos conexos que existen en la actualidad. De un simple derecho de imprimir, o de copiar, se ha pasado a los derechos exclusivos de reproducir o de distribuir o de comunicar públicamente las obras.

Las tecnologías digitales e Internet han dado lugar a nuevos derechos e incluso han causado que el derecho de autor comience a regular actividades que están en la esfera privada de las personas, sin importar si tienen o no finalidades comerciales. Las nuevas tecnologías permiten nuevas formas

de explotación de obras pero también nuevas formas de difundirlas. Esto ha causado que el derecho de comunicar públicamente las obras se expanda para incluir una gran cantidad de modalidades que permiten controlar entre otras cosas, las retransmisiones o la puesta a disposición en Internet de las obras.

La misma tecnología también ha permitido que el control sobre los usos, tanto comerciales como privados de las obras, se fortalezca. Incluso existe protección legislativa para la tecnología que permite tales controles.

Se ha pasado de solo regular la reproducción de las obras a regular su transformación y a tener derechos sobre sus derivadas. Existen derechos relacionados con el derecho de autor respecto de interpretaciones o ejecuciones de piezas musicales o de obras teatrales que solo han aparecido porque la tecnología permite la fijación de dichas interpretaciones.

Han surgido también nuevos beneficiarios de los derechos además de los autores, pues ahora se protegen también derechos de artistas y productores de fonogramas u obras audiovisuales o de entidades de radiodifusión.

Se protegen también derechos puramente económicos como los de participación, compensaciones equitativas u otros derechos remuneratorios relacionados con la distribución y la comunicación pública de obras.

A medida que más creaciones del intelecto han sido consideradas como obras y más derechos sobre las mismas han aparecido, más se ha reducido lo que se puede considerar dentro del dominio público, puesto que cada vez son menos las obras que pueden ser consideradas como no protegibles y cada vez existen más derechos exclusivos que restringen los usos libres de las obras.

No pretendemos argumentar que deberían de eliminarse categorías de obras protegidas o que ciertos derechos de explotación deberían de desaparecer pues no parece que eso tenga marcha atrás. Sobre todo pensando en Internet, existen buenos argumentos en favor de mantener los derechos de

explotación, pero siempre y cuando exista un justo equilibrio que permita al dominio público existir y siempre que los intereses económicos no sean los únicos tomados en cuenta. Una amenaza a dicho equilibrio es que los derechos de explotación relacionados con las obras cada vez se protegen por más tiempo.

#### **6.4.2.2 La ampliación del plazo de protección.**

En la actualidad el plazo mínimo de protección de los derechos exclusivos, es en general, es de cincuenta años después de la muerte del autor según el art. 7 del Convenio de Berna. Según la Organización Mundial de la Salud la esperanza de vida de la población en general es de setenta años según datos de 2012 con fuente en la (OMS, 2014).

Si suponemos que un autor crea su obra a los cuarenta años de edad, la obra estaría protegida unos ochenta años en promedio. En México por ejemplo, la protección de los derechos patrimoniales es de cien años después de la muerte del autor (art. 29.I de la Ley Federal del derecho de autor mexicana), por lo que, siguiendo el mismo ejemplo, la protección duraría unos ciento treinta años.

En España, como la LPI protege, en general, a las obras por setenta años y toda la vida del autor, la protección sería de aproximadamente cien años, si la obra es creada a los cuarenta (art. 26 LPI), lo mismo que en Estados Unidos para las obras creadas a partir del 1º de enero de 1978 (§302 de la Ley de Copyright).

Por supuesto, a través de la historia del derecho de autor, los plazos han ido variando. En el capítulo 3, al hablar de la importancia de los límites, reproducíamos una imagen que muestra los plazos de protección vigentes a principios del Siglo XX, obtenidos de López Quiroga (1918).

En México y España el plazo solía ser mayor. En el caso del primer país, los derechos de explotación se protegían a perpetuidad y en el caso de España duraban setenta años después de la muerte del autor. Posteriormente, mientras estuvo vigente la Ley de Propiedad de 1987, el plazo era de sesenta años después de la muerte del autor (art. 26 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de

Propiedad Intelectual). Sin embargo, como nos muestra la imagen que hemos citado, los casos en que el plazo se ha visto reducido son raros.

En Estados Unidos, en comparación con lo que establecía la legislación en 1918, se ha pasado de un período de protección de máximo cincuenta y seis años a partir de la publicación de la obra, a toda la vida del autor más setenta años después de su muerte, con lo cual el aumento del plazo, en base a los promedios que citábamos, es de unos cuarenta años. Más si se considera que la protección era otorgada por un período de veintiocho años que podían prorrogarse en otros veintiocho a solicitud del autor hasta sumar esos cincuenta y seis años.

Además, según el Copyright norteamericano (§304 de la Ley de Copyright), ciertas obras creadas antes de 1978 pueden beneficiarse de un plazo de protección más un período de extensión. Es el caso de *Steamboat Willie*, una obra cuyos derechos pertenecen a The Walt Disney Co. y que debió haber entrado en el dominio público en 1984, pero debido a la extensión de la que se beneficia la protección de dicha obra durará hasta 2023. Una descripción detallada del régimen al que se acoge dicha obra se puede encontrar en Langvardt (2008:787). Según Greenberg (2012:1030), a lo largo de doscientos veinte años de historia en el Copyright norteamericano, el plazo de protección se ha cuadruplicado.

Otros países como Italia, Inglaterra, Brasil, Holanda, Bélgica, Francia, Portugal, Suecia, Brasil, Chile o Argentina también han aumentado su plazo para cumplir con lo dispuesto en el Convenio de Berna. Chile y Argentina son los ejemplos más dramáticos puesto que la protección que otorgaban era de cinco y diez años después de muerto el autor, respectivamente.

Aunque existen excepciones, la historia muestra que se ha tendido hacia la expansión de los plazos de protección y no parece que la tendencia contraria haya aparecido, por lo menos en años recientes.

Entre las justificaciones para la extensión del término de protección suele estar la necesidad de proteger el valor de mercado de las obras protegidas, cuya vida comercial ha ido en aumento con el paso del tiempo, sobre todo a partir de la aparición de los medios de comunicación (Eldred v. Ashcroft, 2003).

Para Dusollier (2011a:86), justificar el tiempo de la protección en la vida comercial de las obras evidencia una visión puramente comercial del derecho de autor, responde a justificaciones económicas, pero no a justificaciones culturales. Ya hemos hablado en repetidas ocasiones de las consecuencias negativas para el interés público que supone el considerar que la finalidad del derecho de autor es simplemente la protección de intereses económicos.

Otro argumento a favor de un término dilatado ataca directamente al dominio público. Si las obras se descuidan, si nadie es dueño de ellas, las obras se devalúan y degeneran. De acuerdo con Herald (2013:5), según argumentos presentados para ampliar el término de protección de la ley de copyright en el año 1998 (Reporte del Congreso de los Estados Unidos, 1998), para los tenedores de derechos y quienes defienden sus intereses, las obras del intelecto necesitan tener un dueño que asegure que estarán disponibles (es decir, en el mercado) y serán distribuidas adecuadamente. Según, el mismo autor, la evidencia empírica no ha podido demostrar esto (Loc. Cit.).

Un argumento más es el del derecho de autor como una propiedad sujeta a expropiación. Si el gobierno no expropia a los tenedores de la propiedad de bienes materiales después de un determinado tiempo, ¿por qué debería de poder hacerlo respecto de las obras propiedad de sus creadores o de quienes en ese momento posean los derechos sobre las mismas? Este argumento carece de sustento, según Langvardt (2008:788), porque expirado el plazo, el Gobierno no se apropia de la obra del intelecto, simplemente retira la protección que otorga a la obra y la pone a disposición del público, que puede incluir a los herederos del autor.

Según Beckerman-Rodau (2010:67) el largo plazo de protección, al igual que la expansión del ámbito de protección, refleja la voluntad de proteger los derechos del tenedor de los derechos como si se tratara de un derecho de propiedad. En su opinión es más tiempo del justificado por una voluntad de incentivar la actividad creativa y se ha hecho sin tomar en cuenta la finalidad del derecho de autor de permitir que el público eventualmente tenga acceso libre a las obras.

Para Bracha (2008:271), muchos autores consideran que quienes se apegan a estos argumentos representan una idea equivocada de la autoría: suelen exagerar la idea de que la creación es una actividad individual y solitaria, subestimando el papel esencial que juega la posibilidad de acceder libremente al material preexistente en dicha actividad creativa. Lo que hay detrás son simplemente intereses comerciales poderosos e influencia política.

Antes nos referíamos al caso de *Steamboat Willie* y cómo ha visto renovada la protección de sus derechos de Copyright antes de que sus obras pasaran al dominio público. Como es de esperarse, The Walt Disney Co. fue uno de los proponentes más vehementes de la legislación de 1988 para extender el término de protección que otorga el Copyright (Bernaski, 2014). También Gifford (2000), habla del tema.

Según Netanel (2008:34) las industrias que se dedican a explotar contenidos protegidos han utilizado al Congreso de EEUU, al Poder Ejecutivo e incluso a los Tribunales de forma estratégica para expandir sus prerrogativas: la expansión del derecho de autor poco tiene que ver con la lógica económica.

Más allá de los motivos, el hecho es que el término de protección de los derechos exclusivos se ha extendido cada vez más y este no es el único motivo por el que decimos que el dominio público se ve amenazado, sobre todo si el término se sigue aumentando cada cierto tiempo y encima se procura que ciertas obras no pasen al dominio público.

Podríamos decir, a la vista de lo que hemos expuesto, y los ejemplos dados, que este parece ser un problema exclusivo del copyright estadounidense, pero, ¿realmente no debemos preocuparnos dada la consabida influencia que representantes de las *majors* y otros *lobbies* de poder relacionados con la industria de contenidos? Sería absurdo negar que tengan influencia incluso en nuestros legisladores, tanto españoles como europeos. En Horten (2013) se relata la influencia de grupos de poder y del gobierno norteamericano entre los legisladores de la Unión europea en Bruselas. En España, se refiere a la influencia de dichos grupos en la tramitación de la tan controvertida Ley Sinde.

A nivel internacional, la puerta está abierta. Recordemos que en el Convenio de Berna se establece un término de protección mínimo, la vida del autor más cincuenta años, pero no un término máximo. A nivel doméstico, los legisladores de cada país son libres de extender los términos de protección.

El daño que la extensión desmedida del término de protección no solo se produce respecto del tiempo que toma a las obras pasar al dominio público. Como nos dice Boyle (2008:9): el término de protección es larguísimo y eso ha provocado que la mayoría de las obras producidas en el siglo XX estén aún bajo protección del derecho de autor.

Eso no es todo. Según la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos el 95% de los libros no están disponibles comercialmente (Loc. Cit.). En 1930, diez mil cuarenta y siete libros fueron publicados. Para el año 2000, tan solo ciento setenta y cuatro de esos libros seguían disponibles (Lessig, 2005:222).

Veinte años después de su publicación, el 85% de las obras no se producen comercialmente, es decir ya no se editan. Las obras no están en el dominio público, pero tampoco están disponibles en cualquier otra forma: nadie imprime los libros, distribuye las películas o las canciones, porque nadie tiene permiso para hacerlo (Boyle, Loc. Cit.).



El mismo problema parece presentarse respecto de las obras huérfanas, cuyo tenedor de derechos se desconoce, pero que aún están dentro del plazo de protección de la legislación y por lo tanto no pueden ser utilizadas sin autorización. Según un informe de Korn (2009:39), entre el 5 y el 10% de todas las obras en museos, bibliotecas, archivos y galerías del Reino Unido son obras huérfanas. Las cifras son similares a las de EEUU.

No tenemos datos respecto de España, o de los países latinoamericanos, pero si esto es cierto, sin duda se trata de una situación grave.

Por ejemplo, en el caso de los libros, es probable que muchos de ellos, aunque no se reediten, todavía estén disponibles en el mercado, pues los ejemplares de segunda mano todavía pueden circular. Sin embargo, mientras los tenedores tengan los derechos exclusivos, dichos libros no podrán ser re-editados para que lleguen a un mayor público.

Con respecto de cualquier tipo de obras, su digitalización, será clave para asegurar que puedan seguir estando disponibles para el público, pero por supuesto, el poder hacer dicha digitalización sigue estando supeditada a la autorización del tenedor de los derechos aunque es probable que el problema se reduzca, por lo menos ligeramente, a medida que la mayoría de las obras existan solo en formato digital o tengan una versión digital desde su primera publicación. Lo más grave es que todo esto supone oportunidades perdidas para aprovechar al máximo la tecnología en beneficio de la colectividad.

Esto puede ser una gran tragedia. Pensemos en una obra que no ha tenido éxito comercial hoy pues no ha sido apreciada, esto no quiere decir que no lo podría ser en el futuro. Hay infinidad de ejemplos de obras que alcanzan el éxito mucho tiempo después de publicadas, pero esto solo es posible si las obras permanecen disponibles al público.

Por eso es importante que exista un plazo de protección, pero tiene que ser el tiempo necesario y suficiente. Si el término de protección es demasiado largo, tiene el potencial de que una gran cantidad de obras caigan en el olvido, con la consecuente afectación al dominio público.

Si lo anterior es cierto, entonces el derecho de autor está roto y no es solo que la Ley en realidad no ayuda a avanzar su finalidad de beneficiar al interés general, es más bien que la legislación misma impide la realización de las finalidades del derecho de autor, más allá de permitir la explotación comercial de las obras por quienes retienen los derechos exclusivos.

Hay que encontrar soluciones y a continuación analizamos algunas propuestas que se han presentado desde la doctrina.

#### **6.4.3 La adopción de ciertas formalidades para robustecer el dominio público.**

Al estudiar el Derecho siempre es necesario mirar a su historia y entender sus tradiciones, pues ahí pueden encontrarse justificaciones y razones de ser para la ley vigente. También en esa historia y tradiciones se pueden encontrar precedentes que sirvan para justificar propuestas que nos ayuden a preparar el Derecho del futuro.

El sistema del Copyright es el que más tradición tiene en cuanto a la exigencia de formalidades para la protección de las obras del intelecto, aunque también se han presentado en el sistema del *droit d'auteur*. La mayoría de las primeras legislaciones del derecho de autor exigían ciertas formalidades como requisito para poder obtener la protección de la legislación respecto de las creaciones. Hubo un tiempo en que solo se podía gozar de derechos exclusivos a partir de que la obra fuera registrada.

El primer antecedente histórico de las formalidades en el Derecho anglosajón, es previo al Estatuto de Ana, considerado como la primera legislación del derecho de autor. En Reino Unido, en 1556 fue establecido por decreto real el gremio de los libreros. El decreto mandaba que toda obra se inscribiera en un registro de dicho gremio y a nombre de alguno de sus miembros. Hecho el registro,

el librero obtenía el derecho exclusivo de imprimir y publicar la obra, que era perpetuo y transmisible por herencia (Gorman y Ginsburg, 2006:1).

En 1710 aparece el Estatuto de Ana en Reino Unido. Dicho Estatuto requería del cumplimiento de la formalidad de registrar el título de una obra y el depósito de copias en una biblioteca central. Dicho registro era requisito esencial para poder exigir el respeto al derecho exclusivo del Copyright ante los tribunales (Dusollier, 2011a:79).

En los Estados Unidos, la primera ley de Copyright a nivel federal data del año 1790. La primera ley de copyright otorgaba protección sobre la obra a su autor durante catorce años siempre que se registrara el título, antes de publicar la obra en el tribunal de distrito de residencia del autor; la publicación de una copia de dicho registro en uno o más periódicos por cuatro semanas; y el depósito de una copia de la obra en la oficina del Secretario de Estado dentro de los seis meses posteriores a la publicación. Para extender el término de la protección otros 14 años, era necesario volver a cumplir con los dos primeros requisitos (Gorman y Ginsburg, 2006:5).

Como vemos, las formalidades no eran pocas y es probable que su cumplimiento estuviera al alcance de muy pocos. Después, con el Copyright Act de 1909 las formalidades continuaron siendo un requisito *sine qua non*. Dichas formalidades, de definición complicada eran la publicación, la notificación, el depósito y el registro. La falta de cumplimiento de dichas formalidades tenía el efecto inmediato de que las obras pasaban al dominio público (Ibíd.:464-465).

La siguiente gran reforma del derecho de autor estadounidense llega con el Copyright Act de 1976, que mantiene las formalidades pero que rebaja las consecuencias por no cumplirlas. Ya no existe la amenaza de que la falta de cumplimiento devengue en la anulación de toda protección y el paso de la obra al dominio público y se establecía un período de gracia que permitía subsanar deficiencias en las formalidades (Ibíd.:478-481).

En el plano internacional, antes incluso del Copyright Act de 1909, se dan dos acontecimientos importantes en el campo de la protección al derecho de autor. Hace su aparición el Convenio de Berna de 1886 y en 1908 se revisa en Berlín, y en la redacción de su art. 5.2 se establece que la protección de las obras no estará subordinada a ninguna formalidad.

Antes del Convenio de Berna, las formalidades también eran comunes en los países europeos (Greenberg, 2012:1402). Pero a partir de su aparición, los países adheridos al Convenio comienzan a eliminar las formalidades, o por lo menos a supeditar la protección a estas, en sus ordenamientos locales para dar cumplimiento a lo dispuesto en Berna.

En España, el artículo 1 LPI establece que los autores gozan de la protección de sus obras por el simple hecho de su creación, es decir, dicha protección no está sujeta a formalidad alguna. Existe un Registro (regulado en los arts. 144 y 145 LPI) pero “ningún creador está obligado a registrar su obra, ni tampoco puede temer una menor protección por el hecho de no haberla inscrito” (Corredoira, 2012:150). El Registro cumple con la función de dar fe de los derechos que pertenecer a un autor o tenedor.

No es sino hasta 1988 cuando Estados Unidos finalmente ratifica el Convenio de Berna, pero, en lugar de eliminar las formalidades, simplemente las hace opcionales. Así, la notificación se vuelve opcional (la conocida © que acompaña a las obras) y el registro solo es necesario para presentar una demanda por infracción de los derechos del autor. Dicho requisito solo es exigido a las obras nacionales pero no para las obras creadas en el extranjero (Gorman y Ginsburg, 2006:10-11). Se puede decir que en EEUU, las formalidades nunca se han ido, simplemente han disminuido su relevancia.

En el Derecho norteamericano las formalidades no han desaparecido del todo debido a su historia, que durante mucho tiempo les hizo parte central de la protección. Debido a dicha importancia y tradición, no es raro que sea desde los países anglosajones desde donde se ha valorado

la idoneidad de volver a establecerlas como solución a la expansión del derecho de autor, tanto en cuanto al ámbito y objeto de su protección como en cuanto al plazo de la protección.

La exigencia o no de formalidades también apunta a las diferencias en cuanto a la concepción del derecho de autor en un sistema u otro. Desde la tradición del Copyright, en donde no existen los derechos morales, es más fácil entender la supeditación de la protección al cumplimiento de ciertos requisitos, pues la protección es vista como un monopolio temporal que permite la explotación exclusiva.

Desde nuestra tradición del *Droit d'auteur* es más difícil justificar dicha supeditación de la protección, pues los derechos morales del autor no son entendidos como una prerrogativa otorgada por la Ley, sino como derechos relacionados con la personalidad del autor y que nacen necesariamente con la creación de su obra, en la que plasma su personalidad. De ahí que se declare que el autor gozará de la protección de su obra por el simple hecho de su creación.

Sin embargo, si entendemos al derecho de autor, no como una unidad, sino como un sistema que reconoce dos tipos de derechos diferentes, los morales y los de explotación, sí podríamos justificar la existencia de formalidades para garantizar la protección de los segundos, que son de carácter patrimonial pues dichas formalidades no tendrían por qué afectar al derecho moral.

Como los derechos morales son de carácter irrenunciable e inalienable, no tendría sentido supeditar su existencia a requisito alguno más allá de ser el autor de la obra. Pero los derechos de explotación son derechos de carácter económico y además de poder ser transferidos a terceros, se extinguen después de un determinado tiempo pasando al dominio público.

Dicho paso al dominio público no supone el fin de los derechos morales, por lo menos no de los que subsisten a perpetuidad después de la muerte del autor: el derecho a respetar la paternidad de la obra y el derecho a la integridad de la misma.

Desde esa perspectiva, si existieran unas determinadas formalidades para poder disfrutar de los derechos de explotación de la obra y su falta de cumplimiento supusiera el paso de la obra al dominio público, la afectación sería sobre los derechos económicos y no sobre los morales, pues aún en el dominio público es necesario atribuir la obra a su autor y respetar su integridad.

Aún si cuando una obra está en el dominio público existe la posibilidad de transformarla sin autorización del autor, esto no quiere decir que la integridad de la obra pueda ser vulnerada, ni toda transformación implica necesariamente una vulneración de la integridad de la obra, como ya hemos establecido en otros capítulos.

En base a lo anterior, y al hecho de que como hemos dicho, en el Derecho continental existen precedentes históricos de formalidades obligatorias, quizás podríamos justificar la existencia de formalidades en un sistema jurídico como el español pues las mismas condicionarían el disfrute de los derechos de carácter patrimonial, los derechos de explotación, a su cumplimiento, pero no afectarían a los derechos de carácter personal, los derechos morales.

Con lo que hemos dicho, creemos que en la LPI, antes eso sí, en los Tratados Internacionales, podría tener cabida un artículo que estableciera que los derechos morales sobre la obra pertenecen al autor por el mero hecho de su creación, pero que la protección de los derechos exclusivos está supeditada al cumplimiento de ciertas formalidades.

La cuestión estaría entonces en decidir cuáles deben de ser esas formalidades puesto que las mismas no pueden ser tan onerosas que dificulten en exceso el acceso a la protección de la Ley en los aspectos patrimoniales o de lo contrario se perdería el incentivo económico para crear, que es básico en el derecho de autor (Greenberg, 2012:1049).

Si no se elige la forma adecuada de implementar las formalidades, se corre el peligro de volver al derecho de autor en ese sistema en donde todo está prohibido salvo que el autor lo permita, concepción que ya hemos rechazado anteriormente.

Como hemos dicho, la intención general de dichas formalidades sería beneficiar al dominio público, procurando su fortalecimiento frente a la expansión que ha experimentado la protección a los derechos exclusivos otorgada por la Ley, pero también será necesario establecer precisamente cómo es que dichas formalidades contribuirán a mejorar el acceso a los contenidos y asegurarse de que dichas formalidades no desalienten a los autores a crear.

Desde la doctrina, existen varias propuestas para establecer un sistema de protección al derecho de autor supeditado al cumplimiento de formalidades como condición para la protección de la obra. Esto, se argumenta, puede servir para ralentizar esa reducción del dominio público de la que hablamos y también para enriquecer su acervo con aquellas obras cuyo autor ha manifestado no querer proteger al no cumplir con las formalidades requeridas. Esto es a lo que desde la doctrina se le conoce como un régimen *opt-in* que podría traducirse como un régimen de elección de la protección (Ibíd.:1041).

Para Dusollier (2011a:75-76), la intención de introducir, o quizás mejor dicho reintroducir, las formalidades es que puede reducir el ámbito y fuerza de la protección. Las formalidades se consideran un medio para limitar la protección automática, para reducir la duración de la protección o dificultar su aplicación. Todo esto con la finalidad de fortalecer al dominio público o de hacer que las obras protegidas estén disponibles más fácilmente y que puedan ser reutilizadas.

Frente a esto existen también propuestas de regímenes *opt-out* que podríamos definir como regímenes de elección de la *no* protección que permite renunciar a esta en favor del dominio público. Aquí es donde cabrían iniciativas como el copyleft y las licencias *Creative Commons* de las que hemos hablado y sobre las que hemos expuesto nuestras reservas, así que no volveremos a su análisis en este apartado.

Analicemos algunas de las propuestas *opt-in*, recordando que el *opt-out* ya ha sido analizado en el apartado referente al *Creative Commons*.

#### **6.4.3.1 James Boyle y la notificación de reserva de derechos.**

Una de las propuestas *opt-in* más conocidas, y más breves, es la elaborada por James Boyle. Dicha propuesta es una reacción a una propuesta *opt-out*, la de *Creative Commons* de Lawrence Lessig y a ese razonamiento de que, de entrada, todo uso debe de estar prohibido, salvo aquél que el autor permita (Boyle, 2008:184).

La propuesta de Boyle, como el mismo dice, es simple, requerir la formalidad de notificar que la obra está protegida, “*James Boyle, Copyright 2008*” según su propio ejemplo. Es decir, se establecería la obligatoriedad de reservarse los derechos de autor. Esto activaría toda la protección de la Ley y permitiría al mismo tiempo que todo aquel que no esté interesado en la misma, cediera su obra al dominio público simplemente a través de la omisión de dicha notificación. La Ley otorgaría un período de subsanación si la notificación es omitida por error.

Un problema de la propuesta de Boyle es que en Estados Unidos, históricamente dicho requerimiento de notificación ya era requerido. De hecho, existe en la actualidad, pero es de carácter opcional aunque siempre se recomienda. En la LPI española los símbolos e indicaciones de la reserva de derechos son también opcionales y están previstos en el art. 146 LPI.

Antes, la obligación de dicho requerimiento tenía como resultado que muchos autores veían sus obras en el dominio público sin quererlo, por lo que las formalidades que incluyen la notificación, depósito y registro fueron calificadas de Draconianas en su tiempo. Desde el público interesado siempre hubo un rechazo a las mismas, que dejaron de ser obligatorias cuando Estados Unidos finalmente se adhirió al convenio de Berna (Joyce, 2005:389). Según Levine (1995:553) esto es prueba de que la necesidad de indicar que la obra está protegida es un requisito inservible.

Y he ahí el problema, el art. 5(2) del Convenio de Berna establece, como ya hemos dicho que el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por el mismo no están sujetos a ninguna formalidad.



Antes decíamos que las propuestas relativas a una modificación en la redacción de la regla de los tres pasos eran imprácticas por la dificultad que supone poder modificar un Tratado Internacional y lo mismo sucedería aquí. Actualmente, de acuerdo con el Convenio de Berna la protección no puede supeditarse a una formalidad, por lo que la propuesta de Boyle no estaría permitida si no se modifica el art. 5.2 del Convenio de Berna para permitirla (Dusollier, 2011a:83).

Aunque el espíritu de una propuesta así se alinea con la concepción que preferimos del dominio público, ese espacio donde no existe la protección de la legislación a los derechos de explotación, no vemos práctica su aplicación puesto que supondría la modificación de un Tratado Internacional.

Además, la facilidad con que la notificación podría ser removida o mutilada en las obras digitales podría devengar en situaciones donde es muy difícil saber si realmente alguien se ha reservado los derechos sobre la obra o no salvo que además existiera un registro para contrastar que esto es así. Creemos entonces que la propuesta de Boyle es incompleta, lo que no debe de sorprendernos debido a su brevedad. Es posible que el autor simplemente quisiera marcar el camino para que otros autores elaboraran sobre la misma.

Lo mismo puede suceder a la inversa y el dominio público podría verse afectado. Podría ser que alguien tomara una obra ya en el dominio público y aprovechando que la misma es muy poco conocida o quizás ha caído en el olvido, la reclamase para sí mismo. Si la obra es tan antigua que ya no existen autores o herederos que reivindiquen su autoría, gente con malas intenciones podría adueñarse de gran cantidad de obras con la consiguiente afectación al dominio público.

#### **6.4.3.2 La propuesta de Lessig respecto de las formalidades.**

Es bien sabido que Lessig ha hecho una propuesta *opt-out* con *Creative Commons*, pero antes de la misma también ha hecho una propuesta *opt-in*, que detalla en su libro *Free Culture* (Lessig, 2005:289-290).

En su libro, Lessig propone que la formalidad de registrar la obra vuelva a ser obligatoria para gozar de la protección de la Ley. Las ventajas de esto son, por un lado, el que solo quien realmente quiera y crea que su obra merece ser explotada en exclusiva acudirá a dicho registro.

Otra ventaja sería que dicho registro será una base de datos de contenidos protegidos que facilitará el otorgamiento de licencias para su explotación, atacando así el problema de las obras huérfanas.

Por supuesto, un registro demasiado complicado y oneroso, como hemos dicho, puede tener el resultado indeseado de desincentivar la creación pues puede por un lado, ser muy difícil cumplir con sus requisitos, y por el otro, ser muy caro para ciertos creadores. Estas barreras nos dejarían a la merced de la cultura de lo que decidan crear quienes pudieran permitírselo, generalmente grandes empresas. La creación se convertiría en algo poco democrático.

Lessig (Ibíd.:289) ofrece una solución basada en la forma en que se registran los dominios en Internet y que no supone, en general, que solo unos cuantos creen páginas web y registren sus dominios.

El modelo propuesto para el registro de obras que requieren de protección es similar. Para que los costes no sean altos y el proceso sea el menos complicado posible, existiría un registro central, que en el caso de EEUU sería su registro del derecho de autor (*US Copyright Office*) que se encargaría de las bases de datos y los requisitos para que un ente privado pueda ser un registrador, como sucede en el caso de los dominios. Así, la competencia entre registradores resultaría en que los métodos de registro y renovación de la protección serían los más simples y baratos.

La primera objeción al modelo de Lessig sería, su compatibilidad con el Convenio de Berna, que prohíbe que el registro sea una condición previa para la protección de las obras.

La segunda objeción, sería igual a la que se ha hecho sobre la propuesta de Boyle. Una propuesta así implica que solo las obras consideradas como valiosas desde el punto de vista comercial serían registradas (Dusollier, 2011a:84).

Esto generaría que en realidad, las únicas obras que pasarían al dominio público por no haber sido registradas serían aquellas que son consideradas como de poco valor o sin valor. El dominio público se volvería ese cementerio de obras olvidadas, no deseadas por el mercado y quizás también sin interés para el público.

Pero si el registro es simple y barato como pretende Lessig, entonces cabe la posibilidad de que muchas obras que en realidad no tienen un valor comercial considerable también sean registradas y protegidas.

Creemos que esto resultaría en una situación similar a la actual, en donde prácticamente todas las obras están fuera del dominio público hasta que el plazo de la protección no termine. Dice Greenberg (2012:1049) que para que las formalidades surtan el efecto necesario, requieren de cierto esfuerzo por parte del autor, pero por el contrario, si son difíciles de cumplir, entonces impedirán que algunos autores puedan obtener la protección de la Ley y esto resultará en una desincentivación para crear obras del intelecto.

Un poco más adelante analizaremos la propuesta de Lessig desde el punto de vista de la duración de la protección, que requiere de formalidades para la extensión de dicha duración y en donde cada extensión va aumentando en precio.

En el mismo sentido, analizaremos otra propuesta que supedita el inicio de la protección, al registro, que es por un tiempo muy corto, pero que permite renovaciones ilimitadas de dicha protección; o bien, como alternativa, un tiempo limitado de protección de hasta cien años, pero con la necesidad formal de renovar la protección cada cierto tiempo hasta sumar los cien años.

Convenio de Berna aparte, el problema sería el mismo aún si el registro inicial es fácil y muy barato. También aparecería con la renovación del registro que origina la protección, sin importar que su coste sea bajo.

Como el registro no se dará cuando se perciba que la obra ya no tiene un valor comercial, nos dice Dusollier, Mickey Mouse gozaría de una protección perpetua mientras que serían las obras que no tienen ya ningún valor las que pasarían al dominio público (Dusollier, 2011a:85). El problema que hemos descrito persiste.

El argumento anterior es válido solo desde el punto de vista económico y solo si las obras son vistas como bienes que pueden o no comerciarse obteniendo un rédito. Así lo reconoce la misma autora (Loc. Cit.).

Muchas obras que están en el dominio público quizás tengan poco valor comercial, pero pueden tener un valor cultural muy importante, pues en el dominio público están presentes ambas dimensiones.

Las obras en el dominio público aún pueden ser explotadas económicamente, solo que no de manera exclusiva. Afortunadamente Shakespeare está en el dominio público. Independientemente del valor económico que una obra pueda o no pueda tener, está su valor cultural. Shakespeare, afortunadamente, parece retener ambos.

Como decíamos antes, una obra que no tiene valor económico hoy, y cuyo valor cultural aún no ha sido descubierto, puede ser apreciada en el futuro.

El dominio público puede ayudar a que dichas obras se mantengan disponibles pues siempre habrá alguien que pueda pensar que, aún si no puede ser explotada exclusivamente, se puede obtener un cierto rédito económico sin necesidad de una gran inversión en licencias.

Aunque un rédito económico atractivo no pueda asegurarse, siempre habrá justificaciones, como la preservación de la cultura, que pueden motivar a ciertas instituciones a publicar obras en el

dominio público. Los bajos costes de reproducción y comunicación de obras a través de Internet ciertamente facilitan estas tareas con ciertos tipos de obras.

Es posible que el valor cultural de una obra juegue un papel muy importante en su revalorización al ser transformada para la realización de obras derivadas. Aunque la obra original esté en el dominio público, ciertamente su reedición o re-publicación sin condiciones de exclusividad no es la única forma en que podrá tener una nueva vida comercial, puesto que diversas adaptaciones y transformaciones de la misma obra podrían aparecer en el mercado.

El autor de las obras nuevas tendrá los derechos sobre las mismas, mientras que la fuente, la obra en la que se basan seguirá en el dominio público. Esto puede tener un efecto positivo en la incentivación para crear, como en el ejemplo del Jardín Secreto al que nos hemos referido ya.

#### **6.4.3.3 La propuesta de Springman. Una propuesta híbrida.**

La tercera propuesta de *opt-in* que nos gustaría resaltar es la de Springman (2004) quien propone que la falta de cumplimiento de las formalidades no conllevaría una renuncia a la protección sino que resultaría en que la obra sea puesta a disposición del público mediante una licencia obligatoria.. Aboga por la existencia de un registro del derecho de autor fomenta la transferencia de derechos y el otorgamiento de licencias pues reduce los costes asociados con la identificación de los tenedores de derechos.

La propuesta se preocupa por cumplir con el Convenio de Berna y propone como solución, para no incumplir con la disposición que impide condicionar el goce y ejercicio de los derechos a formalidades.

Su solución es hacer obligatorias todas las formalidades existentes actualmente en el Copyright norteamericano: el registro, la notificación de reserva de derechos, el registro público de la transferencia de derechos y añadir una nueva formalidad de renovación, todas de cumplimiento voluntario y aplicable tanto a obras nacionales como extranjeras.

No cumplir con las formalidades tendría como única consecuencia el que las obras del tenedor que no ha cumplido queden sujetas a una licencia obligatoria que permite la utilización de la obra siempre que se pague una remuneración equitativa que sería más o menos igual a lo que le costaría al autor cumplir con todas las formalidades. Así, quien crea que los ingresos que podrá obtener por explotar exclusivamente su obra son mayores al coste de las formalidades, deberá cumplir con las mismas. En las palabras del propio autor son las “*new style formalities*” (Ibíd.:555).

El autor argumenta que su sistema no viola lo dispuesto en el Convenio de Berna puesto que, aunque no cumplir conlleva perder parte de la exclusividad en la explotación, pues la obra es libre de utilizarse previo el pago de una licencia, el hecho de que el autor pueda seguir explotando su obra y sea compensado por otros usos con una licencia, implica que no dejará de gozar y ejercitar sus derechos, de la misma manera que el otorgar una licencia voluntaria a un tercero no implica que los derechos de explotación desaparezcan (Ibíd.:558).

Es posible que la propuesta de Springman pueda cumplir con lo dispuesto en el art. 5.2 del Convenio de Berna, pero Severine Dusollier (2011a:88) advierte que al incluir licencias obligatorias, entraría en el ámbito de los límites al derecho de autor y por lo tanto, su propuesta tendría que cumplir con la regla de los tres pasos, aunque la autora no analiza si lo propuesto por Springman pasa el escrutinio de la regla.

La propuesta de Springman nos parece incompleta. No existen provisiones respecto de las obras cuya protección está vigente antes de la introducción de su sistema. ¿Qué pasará con las mismas?

Es posible que ya hayan sido explotadas por un determinado tiempo, y además, dependiendo de su antigüedad, su valor podría haberse depreciado ya en el mercado, lo que no permitiría a su autor decidir en igualdad de condiciones si prefiere acogerse al sistema actual o en cambio opta por el sistema de las licencias obligatorias.

El mismo Springman (2004:561-562) intenta ajustar su propuesta a la regla de los tres pasos, argumentando que en primer lugar, las licencias obligatorias son aceptadas dentro de la legislación y los ordenamientos nacionales sujetos a Berna y luego entonces las suyas deben de ser válidas. Ofrece otros argumentos respecto de si su propuesta afecta o no a la explotación normal de la obra o si se afecta a los intereses legítimos del autor pero hemos de decir que no son muy convincentes e incluso olvida valorar el primer paso de la regla (“determinados casos especiales”).

Un aspecto útil de esta propuesta es su argumento para poder cumplir con el art. 5.2 del Convenio de Berna, estableciendo los motivos por los cuales no puede considerarse que la falta de cumplimiento de formalidades impida el goce y ejercicio de los derechos previstos en dicho Convenio.

Respecto de las formalidades *opt-in* en general, Greenberg (2012:1047-1048) las desaconseja, pues dice, impedirían que los autores y artistas contribuyeran en Internet. En Internet, publicar una obra es inmediato y para que un autor pueda hacer esto, necesita saber que podrá compartir sus obras sin que esto suponga la inmediata renuncia de sus derechos y el paso de sus obras al dominio público. El gran problema de este tipo de formalidades es que no pueden ser transportadas a Internet.

Lo que dice Greenberg es cierto. Las formalidades como requisito para otorgar la protección le robarían a Internet de su dinamismo e inmediatez respecto de las obras originales en la red.

En esta época cualquiera puede publicar sin necesidad de intermediarios, y si su mensaje es relevante, existen altas probabilidades de que se difundirá y llegará a un público por lo menos considerable. Las formalidades en Internet pueden conllevar el peligro de estorbar al desarrollo de la libertad de expresión en Internet.

De cualquier forma, creemos que el requisito de las formalidades debe de estar subordinado al control de la duración en el plazo de protección, que consideramos injustificadamente excesivo.

Cualquier otra justificación para las mismas, respecto del derecho de autor, no nos parece que tenga el suficiente peso.

#### **6.4.4 La reducción de los plazos de protección a los derechos exclusivos como solución para fortalecer al dominio público.**

Según un reporte citado por el Magistrado de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, Stephen Breyer, en su opinión en contra en la sentencia del caso *Eldred v. Ashcroft* (2003) solo alrededor de un 2% de las obras protegidas retienen su valor comercial después de unos 55-75 años, o lo que es lo mismo, el 98% no sigue produciendo ganancias después de ese tiempo.

Respecto de si está justificado por la necesidad de incentivar al autor a crear el que la protección sea de un número de años más toda la vida del autor, en el caso de EEUU, setenta años después de su muerte, Breyer opina que es bastante poco probable que un autor cree una obra motivado por la idea de que sus bisnietos recibirán el pago de regalías dentro de un siglo.

Sobre si una extensión del plazo de protección para beneficiar a obras que pasarían pronto al dominio público, el Magistrado se preguntó cómo dicha extensión en la protección podría motivar a un autor a crear nuevas obras cincuenta años después de su muerte

Todo esto llevó a Breyer a concluir que la justificación detrás de un plazo de protección tan extenso como el existente actualmente no tiene como finalidad incentivar a la creación, pero además, le llevó a cuestionar si realmente el razonamiento económico para hacerlo tiene sentido. Como decíamos antes, la expansión del derecho de autor ni siquiera tiene que ver con la lógica económica (Netanel, 2008:3).

La opinión de Breyer refleja lo que una gran parte de la doctrina también piensa y denuncia. El plazo de protección actual no tiene justificación alguna respecto de la finalidad del derecho de autor, ni respecto de su finalidad última que es promover el progreso de las artes y las ciencias ni respecto de su finalidad de incentivar al autor y recompensarle por su creación.



También como hemos dicho, el largo plazo de protección, refleja la voluntad de proteger los derechos del tenedor de los derechos como si se tratara de un derecho de propiedad y la búsqueda de la protección perpetua, por lo menos en la práctica, es lo que motiva las expansiones (Beckerman-Rodau, 2010:67).

Jack Valenti, presidente de la Motion Picture Association of America, un grupo que vela por los intereses de los grandes estudios cinematográficos de EEUU, declaró ante el Congreso de su país (Lessig, 2005:117): “... el tema principal que da sentido a todo el debate: debe de otorgarse a los dueños de la propiedad creativa los mismos derechos y protección que tienen todos los demás dueños de la nación.”

En 1998, en Estados Unidos, con el llamado Sony Bono Act (*Copyright Term Extension Act* o CTEA, de 1988) se dio una nueva extensión en el plazo de protección de las obras bajo el Copyright americano.

Su impacto, ha sido significativo, pues hasta ese año, las obras habían estado pasando al dominio público de manera constante. Pero con la modificación legislativa, todas las obras que debían pasar al dominio público entre 1998 y 2018 recibieron un período de gracia de veinte años más (Liu, 2002:414-415).

La extensión en el plazo de EEUU era de 14 años en 1790, de cuarenta y dos años en 1831 y en 1909 ya era de cincuenta y seis años, en 1976 era de setenta y cinco años para las obras existentes hasta ese momento y de cincuenta años más la vida del autor para las creadas a partir de ese momento, plazo que se extendió, en 1998, a setenta años más la vida del autor (Ibíd.:416-417).

Tales extensiones han llevado a varios autores a proponer diversas opciones para reducir la duración del plazo de protección pues como ya argumentamos, lesionan al dominio público, pues le han robado de muchas obras cuya protección debió de haber terminado hace tiempo.

#### **6.4.4.1 La propuesta de Lessig para reducir los plazos de protección.**

En el apartado de las formalidades exponíamos la propuesta de Lawrence Lessig de introducir la formalidad del registro como requisito para gozar de la protección de la legislación.

Su propuesta simplemente tomaba algo que ya existía antes en la legislación del Copyright norteamericano y pretendía mejorar dicho registro utilizando las nuevas tecnologías supeditando además exigía la renovación de la entrada en dicho registro como condición para que la protección continuase.

Como nos dice el autor, el registro inicial otorgaría una protección de cinco años renovables por períodos de otros cinco hasta llegar al plazo máximo de setenta y cinco años después del cual las obras pasarían al dominio público (Lessig, 2005:292). Si durante cualquiera de esas quince veces no se renueva el registro, la obra pasará al dominio público antes de que se cumplan los setenta y cinco años.

Una reducción del plazo de protección no tendría efecto sobre el interés para crear, utilizando más o menos los mismos argumentos esgrimidos por el Magistrado Breyer. Un autor no decide crear su obra en función de si él o sus herederos recibirán dinero dentro de tres cuartos de siglo e incluso, argumenta, un gran estudio de Hollywood planea sus ganancias de los próximos años, pero no de los próximos noventa y cinco. El efecto en las ganancias proyectadas sería muy pequeño (Ibíd.:252).

El término propuesto por Lessig es más o menos arbitrario, basándose en lo que ya establece la Ley, entendiéndolo como razonable siempre y cuando no incluya también a toda la vida del autor. Lo importante, dice el autor, es que el plazo de protección sea corto, no más que lo necesario para incentivar la creación. Un término corto tendrá el valor agregado de no tener que depender de límites al derecho de autor para los usos libres, pues el dominio público pronto se verá engrosado (Loc. Cit.).

También es importante requerir la renovación del registro como requisito para continuar la protección. Los tenedores de los derechos deben de reafirmar de manera periódica que aún están

interesados en la protección de su obra y por supuesto, será necesario asegurarse que el plazo máximo de protección no sea revisado al alza en la legislación.

Siguiendo sus recomendaciones, piensa Lessig (Ibíd.:293), la idea sería apuntar por un período promedio de unos 32.2 años. Esto último tomando en cuenta todos aquellos tenedores de derechos que decidirán no renovar su protección, cediendo las obras al dominio público, en diferentes momentos y todos aquellos que disfrutarán de la protección hasta el final del plazo.

La propuesta de Lessig en cuanto al plazo parece más especulativa que otra cosa pues en realidad no ofrece argumentos muy profundos de por qué el plazo de protección debe de ser el que es.

Sabemos que cierto sector de la doctrina rechaza al Convenio de Berna, incluso opinando que EEUU debería salir del mismo (Story, 2003), pero mientras eso sucede, Lessig no explica como conciliaría su propuesta con dicho Convenio.

Hemos de recordar que su propuesta de formalidades no podría adoptarse en el ordenamiento nacional pues el art. 5.2 lo impediría. Lo mismo sucede con el término de setenta y cinco años que propone, pues el Convenio de Berna exige, en general, que la protección dure la vida del autor y cincuenta años después de su muerte (art. 7.1).

#### **6.4.4.2 La propuesta de Landes y Posner.**

Mencionábamos en el apartado anterior otra propuesta que proponía la obligatoriedad del registro y la renovación del mismo como condición para obtener la protección de los derechos exclusivos. Dicha propuesta ha sido presentada por William Landes y Richard Posner (2002) y abogan por permitir la renovación “indefinida” que no “perpetua” del plazo de protección que no “perpetua” del plazo de protección.

El plazo de protección sería limitado a un número de años pero este plazo sería renovable indefinidamente, tantas veces como se quiera. Se requeriría de la acción del interesado (la formalidad

de renovar el registro) después del vencimiento de cada plazo de protección. Si el interesado decide no hacerlo, la obra pasaría entonces al dominio público.

Como alternativa, proponen algo similar a lo de Lessig, un período inicial de veinte años y un renovaciones de diez en diez años hasta llegar a una duración máxima de cien años (Ibíd.:2).

Dicen los autores que puede ser que la renovación indefinida del plazo de protección sobre una obra termine por ser perpetuo, pero esto es poco probable salvo por una muy pequeña fracción de las obras protegidas. Eventualmente, la mayoría de las obras pasarían al dominio público aunque no sabríamos exactamente cuándo. Los autores pretenden determinar esto con cifras que pueden encontrarse a lo largo de su obra y un estudio empírico contenido en la misma (Loc. Cit.).

Según sus datos, el incremento en las tarifas influye significativamente en el número de registros y renovaciones y esto indica que (1) el tamaño del dominio público se expandirá bajo un sistema de renovaciones indefinidas, en comparación con el sistema de protección actual; (2) el valor medio de las obras en el dominio público disminuirá; (3) el valor comercial de las obras suele durar poco; y (4) un sistema que permita la renovación indefinida, por lo menos si esta se limita a obras que han sido registradas solo después de que el sistema ha sido creado, separará a las obras con valor en las que la protección continuada tiene sentido de las obras en las que el coste de continuar con la protección no tiene sentido económicamente (Ibíd.:22). La duración promedio de la protección de una obra será menor bajo un sistema que permite la renovación indefinida que bajo el sistema actual (Ibíd.:26).

Lo anterior quiere decir que la gran mayoría de las obras pasarían muy rápidamente al dominio público si tomamos en cuenta que las obras más valiosas permanecerán protegidas durante mucho tiempo.

Poniendo un ejemplo comparativo, nos dicen que bajo el sistema actual del Copyright norteamericano, una obra creada en 1934 entraría en el dominio público en el año 2029. Según sus

cálculos económicos, bajo un sistema que otorga una protección inicial de veinte años, y luego renovaciones indefinidas por períodos de cinco o diez años, el 99 por ciento de las obras registradas en 1934 estarían en el dominio público en el año 2000 puesto que su valor comercial sería más bajo que los costes y trámites de la renovación. El 1% restante estaría comprendido por las obras más valiosas (Ibíd.:28).

Un motivo que esgrimen para proponer que la protección debe de poder ser renovada indefinidamente es que el dominio público no produce suficientes incentivos para invertir en la publicación o distribución de una obra poco conocida o de valor comercial incierto pues permite a varios competidores especular, *esperar y ver*, si a su competidor le va bien editando una obra que está en el dominio público, para luego hacerlo ellos mismos (Ibíd.:15). La protección a perpetuidad asegurará que las obras que tengan valor siempre estén disponibles en el mercado.

Pero, si solo se renueva indefinidamente el plazo de protección de obras que se estima tienen un valor comercial que compensa emprender dicho trámite de renovación (y sus costes), entonces, la consecuencia de lo anterior es que las obras cuyo registro dejará de renovarse, y por lo tanto cuyo plazo eventualmente expirará, son las obras que se considera que no son valiosas o que ya han perdido su valor.

Como consecuencia, en el dominio público habrá obras que no tienen un valor comercial para nadie y que por lo tanto, aunque estén disponibles, no serán puestas en circulación y quedarán olvidadas dentro de dicho dominio público. Según el razonamiento que esgrimen los autores, nadie querrá arriesgar con dicha obras.

Decíamos antes que un razonamiento así tiene el defecto de obviar que ciertas obras tienen un valor cultural más allá de un valor económico y que dicho valor impulsará a alguien a invertir en ponerlas en circulación, ya sea por la esperanza de obtener ingresos, si bien no puede explotar la obra exclusivamente, o por objetivos de preservación de la cultura.

Lo mismo sucederá con obras que no son conocidas, pero que alguien podría apreciar y apostar por su circulación en un futuro. Estos actores ayudarían a paliar la situación, aún asumiendo el riesgo de que otros competidores surjan cuando vean que la obra tiene potencial de nuevo. Quizás esto no tiene mucho sentido desde el punto de vista de una empresa comercial, pero sí desde una finalidad cultural.

Ahora bien, es posible que el tenedor de los derechos sepa muy bien del valor cultural de la obra cuyos derechos exclusivos posee y decida renovar la protección para esperar a un momento mejor para explotarla. Los costes de la renovación son más altos que las ganancias que espera en ese momento, pero puede permitirse especular. Al final eso es parte del mercado y del comercio.

Un plazo de protección con renovaciones indefinidas le permitirá continuar especulando hasta asegurarse que la obra ya ha perdido todo valor comercial y quizás incluso su relevancia cultural entre la sociedad. Con la protección indefinida puede eliminar a sus competidores, pero a costa de que la obra solo pase al dominio público cuando se estime que ya ha perdido todo tipo de valor.

Cuando un plazo de protección puede ser renovado, pero solo un determinado número de veces hasta alcanzar un plazo máximo total de protección; dicha renovación para especular, solo se podrá hacer un número limitado de veces y la obra, sin importar si sigue teniendo algún valor económico y sin importar su valor cultural, eventualmente pasará al dominio público.

Creemos que es preferible que el plazo de protección, aun sujeto a renovaciones, tenga un máximo después del cual pasará al dominio público sin posibilidad alguna de renovar la protección.

Además de los argumentos anteriores, para Springman (2004:553), una renovación indefinida tiene implicaciones negativas para las obras derivadas y para la libertad de expresión puesto que extender indefinidamente la protección sobre las obras consideradas como valiosas puede aumentar los costes que permitan obtener licencias para realizar obras derivadas y además le daría al tenedor de los derechos una capacidad de veto perpetua para impedir utilizaciones que no sean de su agrado.

Los costes que esto supondría para la cultura y para la libertad de expresión no están justificados por los posibles beneficios de la renovación indefinida.

El argumento anterior también es de mucho peso para que, de querer implementar lo propuesto por Landes y Posner lo mejor sería que exista un límite máximo en el plazo de protección que no permita más renovaciones al alcanzar el mismo.

El trabajo no entra a valorar si la adopción de su propuesta podría ser posible en base a lo dispuesto en el Convenio de Berna, o en el Copyright norteamericano, pues como dicen sus autores, la intención es centrarse en los aspectos económicos de la renovación indefinida de la protección y no exponer su opinión sobre su legalidad (Landes y Posner, 2002:28).

Lo primero sería analizar si se cumple con el art. 5(5) del Convenio de Berna, pero el trabajo no deja claro si la protección inicial está supeditada al registro de la obra o si se otorga con la fijación de la misma en un soporte (En el Copyright este es el hecho generador de la protección) y son las extensiones después del plazo inicial (veinte años) las que requieren de cumplir con la formalidad del registro. Dusollier (2011a:85) piensa que la protección inicial requiere de un registro, por lo que la propuesta no cumple con Berna.

Greenberg (2012:1073) tiene una opinión diferente. Para él, según la propuesta de Landes y Posner, la protección aparece automáticamente con la fijación de la obra y son las renovaciones del plazo las que requieren del registro.

Para Springman (2004:553) cualquier versión de esta propuesta requeriría salir del Convenio de Berna para que su aplicación sea posible.

Supongamos que la opinión correcta es la de Greenberg y la protección inicial es automática y no existe formalidad que impida el goce y ejercicio de dicha protección inicial por lo que se cumpliría con lo dispuesto en el 5(5) de Berna.

Sin embargo, como Landes y Posner proponen que la protección inicial sería de veinte años, este plazo de protección no sería suficiente en base al art. 7.1 del Convenio de Berna que establece que en general, la misma deberá de durar toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Como dicho plazo mínimo es un derecho garantizado por el Convenio, su disfrute no puede estar sujeto a las formalidades.

Si se ajustan los plazos la propuesta podría existir dentro de Berna, pero esto causaría una tergiversación de la misma que la haría absurda. La propuesta principal es que la renovación de los plazos de protección sea indefinida después de un plazo inicial mínimo, como un medio para que las obras que no tengan valor comercial pasen directamente al dominio público.

Si por imposición del Convenio de Berna dicho plazo mínimo tiene que ser, como regla general, cincuenta años más la vida del autor, toda posibilidad de que las obras pasen al dominio público más rápidamente en comparación con el sistema actual quedaría anulada.

Lo que es más, como el sistema propone la renovación indefinida, esto causaría además que las obras de mayor valor comercial, no pasen nunca al dominio público, o bien, lo hagan después tiempos aún mayores que bajo el sistema de Copyright actual. En otras palabras, Mickey Mouse jamás llegaría al dominio público.

Mientras no se modifique el Convenio de Berna, o se descarte por completo como sugiere Story, y sus disposiciones respecto a la prohibición de formalidades para iniciar la protección de la Ley o el requerimiento de un plazo mínimo de protección que incluya la vida del autor, las formalidades *opt-in* no podrán servir ni para incentivar el registro de obras ni para incentivar que las mismas pasen al dominio público lo más rápido posible mediante sistemas que fomenten la renuncia renovar los plazos de protección cuando dicha renovación no tiene sentido económicamente para el autor o el tenedor de los derechos.



Aunque no vemos viable que las formalidades *opt-in* puedan tener el impacto deseado en el dominio público, por lo menos nos queda el consuelo de que las formalidades *opt-out* utilizadas en sistemas como *Creative Commons* o el *Copyleft* si tienen un impacto en cuanto a la cantidad de obras disponibles dentro del mismo, si bien no estamos de acuerdo filosofía de todo prohibido salvo que se permita, por los motivos que hemos apuntado, cuando valoramos el *Creative Commons*.

Pese a lo anterior creemos que las formalidades obligatorias si bien no pueden ser utilizadas dentro del sistema internacional del derecho de autor para fortalecer el dominio público, creemos que todavía pueden tener utilidad para la propuesta que hacemos a continuación.

#### **6.4.5 La regulación del dominio público como medio para su fortalecimiento.**

Ya hemos establecido la importancia del dominio público e intentábamos definirlo estableciendo cuál es su ámbito respecto de las fronteras de la protección del derecho de autor. Dichas fronteras están limitadas a partir de (1) lo que la Ley no protege porque existe un interés público en su libre circulación (información e ideas); y (2) lo que la Ley deja de proteger por expiración del plazo de protección (dicho plazo de protección es limitado también por una justificación de interés público).

La definición dada es negativa en el sentido de que se explica lo que es dominio público a partir de lo que no es el derecho de autor, es decir, lo que está fuera de su ámbito. No se define al dominio público a través de lo que sí está dentro de su ámbito.

La legislación del derecho de autor también entiende al dominio público de manera negativa, puesto que, todo lo que no está en su ámbito (sea por tiempo, sea por objeto) es el dominio público. Se trata de los límites generales que hemos descrito en nuestro capítulo 3. Como el dominio público está fuera del ámbito de la Ley, la misma no se preocupa ni por definirlo ni por establecer medidas para proteger lo que está dentro del mismo.

Contar con una definición positiva del dominio público ha sido una preocupación de la doctrina. Varias han sido propuestas, citábamos antes a Litman (1990) y Boyle (2008). Lange (1981) fue uno de los primeros en intentar encontrar una definición positiva y en solicitar un marco jurídico de protección del dominio público.

Benkler (1999:363) intenta dar una definición positiva contrastándola con la definición del dominio privado. El dominio público es el rango de usos de información que cualquier persona tiene derecho a realizar ante la ausencia de hechos individualizados que hagan que el uso particular de una persona no sea accesible al resto.

En base a las propuestas anteriores han aparecido otras iniciativas. Desde Europa, tenemos la propuesta del Manifiesto por el Dominio Público (Labastida i Juan, 2014), que lo define de la siguiente manera:

“La riqueza de información que está libre de barreras de acceso o de reutilización usualmente asociada a la protección de la propiedad intelectual, ya sea porque está libre de cualquier protección de derechos o porque los titulares de derechos han decidido eliminar dichas barreras.”

Dusollier (2011b:5) define al dominio público como el ámbito que incluye a los elementos intelectuales que no están protegidos por el derecho de autor o cuya protección ha terminado, debido a la expiración del plazo de protección.

Algunos autores han propuesto y argumentado en favor de la conveniencia de tener una legislación específica de protección al dominio público, que lo considere por sí mismo, como un concepto explicado positivamente y que necesita de ser definido y protegido (Benabou y Dusollier, 2009:163).

Creemos que una definición y protección del dominio público a través de la legislación, a través de lo que podríamos llamar el Derecho del Dominio público, puede servir para su fortalecimiento.

A continuación hacemos una propuesta, que no pretende ser exhaustiva y sobre la que estamos conscientes de que no es más que un esbozo de lo que el derecho del dominio público, es decir una legislación para el mismo podría incluir.

Nuestra propuesta está pensada como un punto de partida para redactar un posible texto legislativo, sin pretender incluir todo lo que posiblemente podría regular y que por supuesto requerirá de mayor investigación.

La idea es que sirva de punto de partida para actividades de investigación posteriores, fuera del ámbito de esta tesis doctoral que refinen los conceptos, los amplíen, los corrijan y puedan acercarse más a una propuesta verdaderamente viable, pues la que presentamos aquí tiene un carácter meramente exploratorio.

Las obras de Benabou y Dusollier (2009) y Dusollier (2011b) nos han servido como punto de partida para elaborar nuestro propio modelo de marco legislativo del dominio público, presentado a continuación.

Nuestra mayor intención sin embargo, es intentar dejar claro que una legislación que proteja al dominio público podría ser beneficiosa para el mismo, pues podría oponerse a la legislación del derecho de autor y servir como contrapeso a su desmedida expansión.

Varios países han establecido en sus legislaciones disposiciones que limitan positivamente al dominio público (Dusollier, 2011b:86), indicando qué se incluye en el mismo, es decir, qué obras están incluidas dentro de este, pero sin adoptar una definición del concepto en el texto legislativo. A continuación intentamos hacerlo.

#### **6.4.5.1 Definición del concepto legal de dominio público.**

Una definición del concepto legal del dominio público podría ser la siguiente, basándonos sobre todo en la definición aportada por el Manifiesto:

*Dominio público es el espacio de **interés público** compuesto por **ideas, información, obras y materiales** que **circulan libremente** y a los que **cualquiera puede acceder o utilizar**; no pudiéndose oponer **derecho de exclusividad individual** alguno en cuanto a su utilización.*

Lo llamamos un espacio de **interés público** puesto que la existencia del mismo es de interés general pues se puede identificar con el bien común de toda la sociedad, pues incluye espacios que fomentan libertades fundamentales como la libertad de expresión, (circulación de ideas, información), el acceso a la cultura o a la educación (obras de libre acceso) o el acceso a la información (dichas obras, ideas, materiales e información).

Hablamos de **ideas, información, obras y materiales** porque pretendemos incluir a las obra que ya no están protegidas por el derecho de autor, sean estas literarias, artísticas o científicas, en general, todo lo que la legislación del derecho de autor protege como obra por un tiempo limitado; las partes (ideas, información) de las mismas que no son protegibles y por materiales pretendemos identificar aquello que la legislación del derecho de autor excluye de la protección normalmente otorgada a las obras por causas de interés general (como el caso de legislación, documentos del gobierno, etc.). Un poco más adelante nos enfocamos en el objeto del dominio público.

Decimos que **cualquiera puede acceder o utilizar** puesto que el dominio público es de acceso para toda la colectividad y la utilización de sus objetos no requiere de una autorización puesto que la característica de sus objetos es que **circulan libremente**.

Con la mención de los **derechos de exclusividad sobre la utilización de obras** pretendemos establecer que nadie puede reclamar la protección del derecho de autor sobre los elementos en el dominio público en cuanto a una explotación exclusiva y al mismo tiempo pretendemos reforzar que los únicos derechos del contenido de autor que quedan fuera son los de carácter exclusivo y patrimonial, no los derechos morales que sobreviven a la extinción de la protección.

Ahora bien, es necesario establecer cuál es el objeto, quiénes son los sujetos del dominio público y cuál es su contenido, que ya hemos esbozado un poco más arriba, pero que requiere por lo

menos aportar mayor claridad respecto de cuáles son los derechos específicos que aparecen a través de una protección legislativa del dominio público.

#### **6.4.5.2 Objeto del dominio público.**

En nuestra definición hemos hablado de ideas, información, obras y materiales que circulan libremente y sobre los cuales nadie puede reclamar un derecho exclusivo de utilización. Esto nos apunta, siguiendo la estela de la estructura del derecho de autor, a qué elementos pueden ser considerados como el objeto del derecho del dominio público.

En primer lugar estarían la información y las ideas, o como dice el art. 8.2 del Acuerdo ADPIC, “las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.” Información e ideas están fuera del ámbito de protección del derecho de autor que solo protege la expresión de las mismas.

Revirtiendo el concepto, la información y las ideas están dentro del dominio público, y toda expresión particular de las mismas está fuera del ámbito del dominio público pero solo durante un tiempo limitado. Es decir, mientras aún sea posible oponer derechos exclusivos contra la utilización concreta, o lo que es lo mismo, mientras dure el plazo de protección sobre los derechos exclusivos.

Aunque algunos autores incluyen a las noticias de actualidad como obras en el dominio público, nosotros preferimos no hacerlo, pues consideramos que es la información dentro de dichas noticias de actualidad lo que está en el dominio público, como también opinan otros autores, según hemos visto en el capítulo tres. Además, la legislación del derecho de autor ya suele incluir límites para que dichas noticias de actualidad puedan circular libremente y su información pueda ser utilizada pues es de dominio público.

En segundo lugar mencionamos a las obras, y nos referimos al concepto de obra del derecho de autor como ya hemos dicho, la obra original.

Las obras originales pueden entrar a formar parte del dominio público de dos maneras:

- 1) Cuando el plazo de protección de sus derechos exclusivos termina, y por lo tanto nadie puede invocar una exclusividad para utilizar dichas obras; y
- 2) Cuando el autor o tenedor de los derechos exclusivos decide renunciar a los mismos, cediendo las obras al dominio público. (Por ejemplo declarando esto con una licencia *copyleft*).

Posteriormente está lo que hemos llamado *materiales* para distinguirlo del concepto de *obras* y con ello queremos referirnos a lo que el legislador ha dejado fuera del ámbito del derecho de autor, impidiendo que tenga la consideración de obra. En el derecho de autor español es lo que conocemos como las exclusiones al objeto de la propiedad intelectual (art. 13 LPI).

Entre estas están las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

En la categoría de *materiales* también estarían incluidas aquellas obras que no reúnen los requisitos de originalidad y por lo tanto no estarían protegidas por la legislación, salvo que la misma haya decidido otorgarles alguna protección *sui generis*.

Schmitz Vacarro (2009:353) incluye entre el objeto del dominio público a obras “de autores desconocidos que no pertenezcan a persona determinada, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico.

Algunos países consideran al folclor como parte del dominio público pues es considerado parte del patrimonio nacional. Muchos países que se han fundado incluyendo pueblos y naciones originales suelen proteger al folclor de dicha forma. Dos ejemplos son Brasil o Chile (Dusollier, 2011b:86).

Otros autores incluyen a los límites al derecho de autor dentro de lo que está en el dominio público puesto que si el dominio público es el campo en donde no existe la utilización exclusiva de

las obras, entonces los límites tienen un lugar puesto que la exclusividad no se aplica a una obra protegida cuando un límite así lo permite. Esto es lo que se llama dominio público funcional (Ibíd.:9).

En el capítulo 3 determinábamos que era mejor utilizar el término “límites” en lugar de “excepciones” precisamente porque preferimos ver a los mismos como casos de libre utilización, en donde la protección ya no llega, un espacio de libertad de uso. Este espacio de libertad es identificable con el concepto del dominio público funcional, que sin embargo, Dusollier ha preferido dejar fuera del ámbito de su estudio.

Los límites suponen una frontera del derecho de autor, pero no nos sirven para definir al dominio público de manera positiva. Aunque ambos, límites y dominio público, persiguen finalidades similares, los primeros no son parte del último. Las limitaciones como tales, forman parte del derecho de autor, el dominio público, por definición, se encuentra fuera del derecho de autor.

Pongamos el ejemplo que hemos mencionado de las noticias de actualidad, la información contenida en las mismas es dominio público. Lo que hace un límite que permite la utilización sin requerir autorización de las noticias de actualidad, es eliminar un derecho exclusivo sobre dichas obras en función de una finalidad concreta que es la circulación de la información contenida en dicha noticia.

El límite permite liberar la información mediante una disposición que permite que la noticia de actualidad pueda circular libremente, pero no hace que dicha expresión concreta (la noticia) pase al dominio público, solo permite conocer su contenido de manera más eficiente. Dicho contenido, la información, es el que está en el dominio público. Como dijimos, el límite nos señala la frontera de la protección, pero ya no existe dentro del dominio público pues dentro de su ámbito toda utilización es libre.

Por último hemos de decir que, aunque en el objeto del dominio público hemos enumerado solamente a obras, ideas, información y materiales, esto no debe de ser entendido como exhaustivo y debe quedar la posibilidad abierta a incluir otros elementos que por analogía puedan englobarse entre los mismos.

#### **6.4.5.3 Los sujetos del dominio público.**

Hemos identificado a tres tipos de sujetos activos del derecho del dominio público y a dos sujetos pasivos.

La protección del dominio público involucra a tres sujetos cuyos derechos son oponibles a terceros (1) los ciudadanos en general (2) los autores respecto de sus derechos morales; y (3) el mismo Estado respecto del interés general que busca proteger y fomentar. La identificación de los sujetos nos permitirá definir con mayor claridad que derechos están asociados a dichos sujetos.

Existen además sujetos pasivos: (4) Sujetos que reclaman derechos exclusivos sobre obras que contienen elementos en el dominio público y (5) el mismo Estado, respecto de sus obligaciones para procurar la libre circulación de las obras en el dominio público.

Analicemos a cada uno de los sujetos.

##### **6.4.5.3.1 Sujeto activo: Los ciudadanos en general.**

Los sujetos protegidos por el dominio público deben de ser los ciudadanos en general pues si se trata de un espacio en donde existen ideas, información y obras que circulan libremente, quiere decir que pueden ser conocidas y utilizadas por cualquier ciudadano pues todos deben de gozar constitucionalmente de los mismos derechos frente a la Ley. Se protegen sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y de acceso a la información. Sirve también para defender sus derechos de acceso a la cultura y el derecho a la educación.

##### **6.4.5.3.2 Sujeto activo: Autores que tienen un derecho moral sobre obras en el dominio público.**



Existen otros sujetos que tienen intereses en el dominio público. Entre ellos están los mismos autores protegidos por la legislación de la materia pero no los demás tenedores de derechos relacionados con el derecho de autor. Los autores deben de ser protegidos por el dominio público porque aún retienen la relación personal que los une con sus obras. Sus derechos de paternidad sobre la obra y de exigir el respeto a la integridad de la misma subsisten a la extinción de los derechos exclusivos e incluso a la muerte del autor.

El dominio público debe de asegurar la libre circulación de las obras en su ámbito y también debe de asegurar que dichos derechos morales sean respetados, para ello puede valerse de los medios que ya dispone la legislación del derecho de autor para exigir el respeto a dichos derechos.

Como ejemplo, volvemos a incidir en la relación entre la integridad de la obra y su transformación. El dominio público debe de proteger el derecho de todo ciudadano a transformar libremente las obras, pero este derecho debe encontrar su límite en el derecho que tiene el autor a que una transformación no suponga un daño a su personalidad o reputación y una tergiversación dolosa del mensaje de su obra original.

Como el primer objetivo del derecho del dominio público debe de ser asegurar la circulación y utilización libre de las obras, deberá de proteger el derecho moral del autor ofreciéndole remedios frente a los daños que pueda sufrir su personalidad por una vulneración de la integridad de su obra.

Deberán de prevalecer las medidas jurídicas que reparen el daño al autor y no las medidas que impidan la utilización de las obras por temor a afectar la integridad de la obra. En este caso, el sujeto pasivo estaría dentro del ámbito del derecho de autor, pues sería el tenedor de los derechos sobre la obra derivada, es decir su autor.

#### **6.4.5.3.3 Sujeto activo: El Estado como garante del interés general.**

El tercer sujeto activo del derecho del dominio público debe de ser el mismo Estado pues el mismo debe de ser protegido frente a particulares que atenten contra la libre circulación de ideas e

información pues iría frente al interés del Estado que se identifica con el interés público de proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de expresión.

#### **6.4.5.3.4 Sujeto pasivo: Tenedores de derechos exclusivos.**

En cuanto a los sujetos pasivos, primero tenemos a los tenedores de derechos exclusivos. En primer lugar, el tenedor de derechos exclusivos ya expirados, tendrá que abstenerse de impedir cualquier acceso a la obra u obras sobre las que antes de terminado el plazo de protección tenía derechos exclusivos.

Ver al tenedor de los derechos de autor como un sujeto pasivo permite abrir la puerta a imponerle otro tipo de obligaciones, por ejemplo, la de inscribir la obra que ha pasado al dominio público en un registro de obras cuya protección ha expirado o la de desactivar o bien, facilitar los medios para desactivar, cualquier medida de protección tecnológica que pueda impedir el acceso y utilización de una obra que ya está en el dominio público.

Frente a quienes obtienen derechos exclusivos sobre obras derivadas que contienen obras ya en el dominio público, se puede oponer el derecho del sujeto activo, todo ciudadano, a la circulación, acceso y utilización de aquellos elementos de dicha obra derivada que están en el dominio público.

Estos sujetos pasivos deben de tener la obligación de facilitar el acceso pero también el deber de no intentar apropiarse de elementos pertenecientes al dominio público para sí mismos.

Lo anterior quiere decir que no podrán pretender que ideas o información puedan ser consideradas como sujetas a sus derechos exclusivos. También quiere decir que no deberán intentar apropiarse indebidamente de obras o materiales que ya están en el dominio público ni pretender ejercer derechos exclusivos sobre los mismos. Cuando esto se hace de mala fe, el Estado podrá imponer sanciones por ir en contra del interés general.

#### **6.4.5.3.5 Sujeto pasivo: El Estado como garante del dominio público.**

El Estado como sujeto pasivo debe de tener la obligación de no estorbar el acceso a la información que está en el dominio público. También debe de ser obligado a facilitar dicho acceso, junto con el acceso a cualquier otra obra o material que está en el dominio público. Esto puede ser utilizado como un mandato para que el Estado establezca un registro y archivo de obras en el dominio público que posibilite su difusión y fácil acceso para su utilización.

#### **6.4.5.4 El contenido del dominio público: derechos.**

En nuestra definición hemos mencionado que en el dominio público obras, información, ideas y materiales circulan libremente. Dicha libre circulación implica entonces dos derechos: (1) el derecho de acceso libre a las obras en el dominio público y (2) el derecho de utilización libre de las obras en el dominio público.

##### **6.4.5.4.1 El derecho de acceso libre.**

El derecho al acceso libre de obras, ideas, información y materiales en el dominio público debe implicar poder exigir lo siguiente:

- Exigir al sujeto pasivo (tenedor de los derechos) sobre una obra protegida pero que contiene elementos (partes de obras en el dominio público, materiales, ideas o información) que están en el dominio público que proporcione acceso libre a dichos elementos.
- Exigir al tenedor de los derechos el acceso sin restricciones a las obras sujetas a derechos exclusivos desde el momento en que expire el plazo de la protección y estas pasen al dominio público.

Este derecho de acceso puede implicar que para su protección, el tenedor de los derechos tenga o que desactivar o bien proporcionar los medios para desactivar medidas tecnológicas de protección cuando sus obras pasen al dominio público. También puede implicar que tendrá que

asegurarse que dichas medidas tecnológicas no impidan el acceso a los elementos de las obras que están en el dominio público.

Además, como el ejercicio de un derecho de acceso libre a lo que está en el dominio público implica poder localizar este contenido, este derecho podría servir de base para que el Estado tenga que establecer y mantener un registro y archivo de obras en el dominio público que facilite su acceso.

De la misma manera podría servir de base para exigir a través de la legislación, al tenedor de derechos de obras protegidas que pasan al dominio público, que al término del plazo de protección, inscriba dicha obra en el registro del dominio público establecido por el Estado. Como dicha obligación de registro no recae sobre el ejercicio de los derechos de explotación, sino que aparece una vez que la obra ya no está protegida por el derecho de autor, lo dispuesto en el Convenio de Berna no debería de ser un impedimento.

#### **6.4.5.4.2 El derecho a la utilización libre.**

Que una obra esté en el dominio público supone que no existen derechos exclusivos que reclamar sobre la misma. Esto implica que nadie puede oponerse a que otra persona la reproduzca, distribuya, comunique públicamente, la ponga a disposición online o a que la transforme. Esto quiere decir que no puede utilizarse el derecho exclusivo de explotación para controlar los usos sobre una obra que se encuentra en el dominio público.

Como la información, las ideas y los materiales no están en el dominio público, esto también implica que nadie puede argumentar derechos exclusivos sobre los mismos y por lo tanto tampoco pueden impedir la utilización libre de dichos elementos.

Entonces, el derecho a la utilización libre puede dividirse en dos:

- 1) El derecho a la utilización libre de obras se define entonces como el derecho a reproducir, distribuir, comunicar públicamente, transformar o realizar cualquier acto de explotación no exclusivo sobre obras en el dominio público, sin que nadie pueda oponerse a ello.

- 2) El derecho a la utilización libre de ideas, información y materiales sin que nadie pueda oponerse a ello.

Respecto de las obras que están en el dominio público, el derecho a la utilización libre de las mismas encontraría su límite en el derecho del autor de la obra original a que se le reconozca la paternidad sobre dicha obra y a que no se vulnere su derecho a la integridad de dicha obra. Así, una utilización libre no implica que se pueda plagiar la obra atribuyéndose para sí la obra de otro, ni implicará que la utilización implique la lesión de la reputación o dignidad del autor de la obra original.

El derecho a la utilización libre de ideas, información o materiales tiene su límite en que la utilización no suponga impedir la utilización libre de los mismos elementos en el dominio público por terceras personas.

Un ejemplo de esto último sería el apropiarse de información en el dominio público para crear una base de datos e impedir por cualquier medio, tecnológico o de otra índole, que el resto de los ciudadanos tenga acceso a la información ahí contenida.

En general, un abuso de este derecho a la libre utilización sería la apropiación fraudulenta de obras y otros elementos en el dominio público con el fin de explotarlos pretendiendo que se tienen derechos exclusivos sobre los mismos o bien atribuirse la autoría de una obra en el dominio público ocultando el nombre del autor original. Es lo que se conoce como *copyfraud* y Mazzone (2006:1100) sugiere que frente a estas actividades se puede establecer el derecho del público a exigir una reparación del daño. En Chile, por ejemplo, se está considerando prohibir actividades como las anteriormente descritas (Dusollier, 2011b:68).

Como nosotros hemos considerado que el Estado también es un sujeto activo del Derecho del Dominio Público, el mismo estaría también facultado para castigar a quien realice estas actividades

pues irían en contra del interés general de acceder a información, ideas y obras que están en el dominio público.

Esto último es de especial importancia respecto de las tecnologías que permiten la digitalización de obras pero también debería de servir para que el derecho del dominio público se imponga contra interpretación del derecho de autor que buscan minimizarlo.

Por ejemplo la sentencia en *Gola v. Holder* (2012), la Suprema Corte de EEUU interpreta que el Congreso tiene poder para otorgar derechos de autor sobre obras que están consideradas en el dominio público. Un análisis detallado del asunto puede leerse en Netanel (2013).

En la decisión de la Suprema Corte se reconoce la función de utilidad pública que suponen el *fair use* y el concepto de la dualidad idea/expresión, pero al mismo tiempo, se deja al la legislación del derecho de autor carta blanca para su expansión siempre que tome en cuenta esos conceptos, pero sin tomar en cuenta la posible reducción del dominio público.

#### **6.4.5.5 Otras consideraciones.**

Como hemos dicho, solo pretendemos esbozar lo que podría contener una legislación específica del dominio público, entendido como un derecho definido positivamente y no solo como un concepto fuera el derecho de autor.

Existen muchas más cuestiones a tratar. Una de ellas es preguntarse si el Derecho del Dominio Público debe legislarse dentro del ordenamiento vigente del derecho de autor (La LPI en el caso de España) o en un instrumento jurídico propio.

Mazzone (2006:1092) sugiere que incluir a la protección jurídica del dominio público dentro de la legislación del derecho de autor podría permitir partir del supuesto de que toda obra está en el dominio público salvo que se reúnan las condiciones para su protección en exclusiva. Dichas condiciones estarían estrictamente definidas en la Ley.

Respecto de las medidas específicas de protección al dominio público, Benabou y Dusollier (2009:175-176) opinan que deben de ser de dos tipos: las encaminadas a impedir el monopolio (es decir a impedir la apropiación de lo que está en el dominio público por particulares, como las medidas que hemos discutido para proteger el derecho al libre acceso e impedir su abuso); y, la enumeración de las obligaciones positivas necesarias para conseguir los objetivos del dominio público.

Otra consideración es qué principios deben de ser la guía para establecer las políticas y disposiciones adecuadas que permitan un dominio público fuerte, bien delimitado y adecuadamente protegido.

Entre esos principios, Dusollier (2011b:169) sugiere la necesidad de que exista certeza sobre qué materiales están en el dominio público (lo que requeriría de un registro y otras formalidades); la necesidad de que el material en el dominio público siempre esté disponible para poder garantizar tanto los derechos de acceso como de utilización libre.

Lo anterior implica que el Estado debe preservar las obras en el dominio público y procurar su explotación (Benabou y Dusollier, 2009:179), pues de la explotación de los contenidos también depende su disponibilidad.

Otros principios requerirían la existencia de medios para garantizar la no-exclusividad en la explotación de obras en el dominio público; y el principio de no-rivalidad que tendría que garantizar que los recursos en el dominio público puedan ser utilizados por toda la colectividad.

Lo importante de nuestra propuesta no es su exhaustividad, sino simplemente servir de ejemplo de lo que una ley del dominio público podría significar. Puede ser que se emprenda un esfuerzo legislativo para regular al dominio público exhaustivamente o puede ser que lo que hemos presentado solo sirva de inspiración para modificar algunas partes de la legislación del derecho de

autor vigente con la intención de fortalecer al dominio público y los derechos que su existencia implica si es entendido de manera positiva.

Lo importante es resaltar los beneficios que tendría para el fortalecimiento del dominio público el que el mismo fuera protegido a través de la legislación. No solo una definición en términos positivos hecha a través de la Ley, que permita identificar con claridad qué contenidos están en el dominio público y cuáles son el objeto, sujeto y contenido de la legislación. Nuestra propuesta es un mero ejemplo, y sin duda se puede hacer una mejor.

Establecer con claridad el objeto permite diferenciar lo que es dominio público de lo que está protegido incluso cuando ambos se combinan y mediante la identificación de las obras, ideas, información, materiales y otros elementos que pueden formar parte del dominio público, se facilita la tarea del Estado de preservar estos elementos y promover su acceso y explotación, asegurando así su disponibilidad.

Establecer quiénes son los sujetos de un derecho del dominio público permite saber frente a quien se deben de oponer los derechos que se tienen sobre lo contenido en el mismo y sobre quien deben recaer ciertas obligaciones que permitan su protección, así como promover la libre circulación de sus contenidos.

Determinar el contenido de los derechos del dominio público permite establecer qué derechos se desprenden de su ámbito, cómo pueden ejercerse, qué implica un uso abusivo de los mismos y qué obligaciones representan estos derechos para los sujetos pasivos.

Como hemos visto, los Tratados Internacionales dificultan en exceso encontrar alternativas efectivas para contrarrestar la expansión desmedida del ámbito y plazos de protección a los derechos exclusivos establecidos en la regulación del derecho de autor vigente. Frente a dicha expansión desmedida, una alternativa válida puede ser oponer derechos derivados del dominio público



entendido en positivo, como contrapunto a los derechos contenidos en la legislación del derecho de autor que tienden a sobreproteger a los tenedores de los derechos exclusivos.

Una protección legal que permita la existencia de un dominio público sano y bien protegido contra embistes expansivos de los derechos exclusivos podrá ayudar además a suplir las carencias de un sistema de límites al derecho de autor que es demasiado restrictivo y que ve cómo iniciativas para mejorar su regulación tienen un limitado impacto por las cargas impuestas por los Tratados Internacionales.

Como lo que se regula dentro del dominio público es por definición, lo que está fuera del ámbito del derecho de autor, los Tratados Internacionales no deben de ser un impedimento, o por lo menos deben de ser un enemigo menos formidable, para establecer medidas legislativas que permitan la protección del dominio público y el interés general que con él se persigue.

Un Derecho del Dominio Público, cuya finalidad es proteger al interés general y a las libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información, a la cultura y a la educación procurando que tengan un espacio pleno para su desarrollo, puede ser una extraordinaria herramienta para contrarrestar el daño que resulta de una legislación del derecho de autor en constante expansión.

## **6.6 Conclusiones al capítulo.**

En el capítulo 5 hicimos dos propuestas *lege ferenda* respecto de los límites de cita e ilustración de la enseñanza con la intención de mejorar la forma en que dichas limitaciones están previstas en el art. 32 LPI.

Sin embargo, nos encontramos que las propuestas legislativas eran insuficientes y que su impacto sería, en el mejor de los casos, limitado debido a la interpretación y aplicación restrictiva de la regla de los tres pasos según está prevista en los Tratados Internacionales en la actualidad. Además, hemos podido identificar otra amenaza a todos los límites al derecho de autor en las

medidas tecnológicas de protección cuyo impacto negativo solo se acrecentará a medida que los contenidos solo estén disponibles en formatos digitales.

El problema de dichas medidas no solo está dado por su ineffectividad y fallas como programas informáticos. Además, la legislación que las regula tiene grandes fallos y esto ha dado lugar a un verdadero derecho de control y acceso a las obras en formato digital y que está en manos de los tenedores de los derechos.

Todo lo anterior evidencia que el legislador solo ha tomado en cuenta la protección de los intereses económicos de los tenedores de derechos y ha prestado poca atención al interés general.

Ya que ante esta situación concluimos que nuestras propuestas de *lege ferenda* no tendrían el impacto necesario hemos hecho un esfuerzo por encontrar otras soluciones alternativas propuestas desde la doctrina.

Una de las posibles soluciones se manifiesta en una corriente internacional que apuesta por intentar cambiar la concepción y aplicación de la regla de los tres pasos, rechazando cualquier interpretación restrictiva de la misma, intentando reconvertir a la regla en un instrumento que dote a la legislación de las tan necesarias flexibilidades en materia de límites a los derechos exclusivos. De esta forma dichos límites podrán aplicarse mejor en Internet y garantizarán de mejor manera la protección del interés general y las libertades fundamentales, por encima de la protección de intereses económicos.

Parte de la doctrina que aboga por esa reconversión de la regla de los tres pasos, propone que la misma sea interpretada de manera similar a la doctrina del *fair use* norteamericana. Algunos otros autores consideran que la solución pasa porque las legislaciones nacionales adopten, además de sus listas de límites exhaustivos, un límite similar a dicho *fair use* por lo que aparte de estudiar las propuestas anteriores, decidimos analizar si sería conveniente adoptar la doctrina del *fair use* o algo similar a los límites establecidos en la legislación.

Otra opción que se propone en la doctrina, como respuesta a la proliferación de licencias de usos de contenidos en Internet y como forma de establecer un sistema paralelo al derecho de autor que permita mayores flexibilidades y utilizaciones transformativas de los contenidos protegidos, siendo así una alternativa a los límites al derecho de autor. Dicha propuesta también ha sido analizada.

Finalmente, desde la idea de que las propuestas que apuntan a aportaciones menos restrictivas de los límites en la legislación no son suficientes, hemos decidido analizar las alternativas que proponen el fortalecimiento del dominio público como respuesta a la expansión desmedida tanto del plazo de protección de los derechos exclusivos como de su objeto y derechos asociados a la protección.

#### **6.6.1 Análisis de las propuestas para una nueva regla de los tres pasos.**

Gran parte de la doctrina rechaza la interpretación actual de la regla de los tres pasos a nivel internacional, especialmente la que está dictada por una resolución de un panel de la OMC respecto de la redacción de la misma en el acuerdo ADPIC.

Esto ha llevado a proponer nuevas formas de interpretar a la regla, en lugar de proponer su supresión de la legislación, pues se sabe que modificar Tratados Internacionales es una operación muy complicada y que toma mucho tiempo. Además algunos autores ven utilidad en una regla de los tres pasos reconvertida como un instrumento para otorgar flexibilidad a los sistemas de límites al derecho de autor que utilizan listas exhaustivas de límites.

Una de las propuestas es un manifiesto llamado Declaración para una interpretación balanceada de la regla de los tres pasos y que basa su premisa principalmente en que los pasos de la regla deben de ser interpretados en su conjunto, haciendo un balance de intereses general con el resultado de estudiar cada paso, sin que en ningún caso los pasos deban de ser interpretados de

manera cumulativa. Esto permite, según sus proponentes, sopesar los intereses económicos y contrastarlos con otros intereses relacionados con el interés general.

Sin embargo, una crítica a esta propuesta es que solo indica cómo no debe de ser interpretada la regla de los tres pasos (y cómo no deben de ser interpretados cada uno de sus pasos) pero no propone como *sí* debe de ser interpretada la regla.

Annette Kur complementa la propuesta de la legislación estableciendo cómo debe de interpretarse cada paso de la regla de tal manera que la misma no se aplique simplemente para que los límites al derecho de autor deban de ser a su vez interpretados y aplicados restrictivamente.

La propuesta de la Declaración no es la única que propone una limitación que permita un mejor balance de intereses. Otros autores como Sun proponen una nueva redacción de la regla de los tres pasos en donde los límites se establezcan tomando en cuenta los intereses de los autores y los intereses de terceros, incluyendo consideraciones relacionadas con las libertades fundamentales y los objetivos de interés general que se persiguen con el establecimiento de dichos límites.

Propuestas como la de Sun tiene el defecto de que requerirían modificar el texto de la Ley y modificar el texto de los Tratados Internacionales es una tarea muy complicada. Para que una nueva redacción de la regla de los tres pasos pueda tener los efectos deseados, es necesario que la misma se modifique desde su redacción en el Convenio de Berna y otros tratados relacionados con el mismo.

Además, concluimos que lo que busca Sun, puede ser alcanzado también mediante una interpretación no cumulativa de los pasos de la regla.

Otra propuesta “novedosa” para interpretar la regla de los tres pasos es la llamada *regla de los tres pasos inversa* propuesta por Daniel Gervais y que requiere que los límites al derecho de autor sean valorados de una forma similar a la doctrina del *fair use* norteamericana.

Básicamente, la propuesta propone que el derecho exclusivo del tenedor de los derechos de autor debe estar definido por lo que la regla de los tres pasos no permite. Christie apunta que una

interpretación así no es posible, porque desde la legislación se establece que la regla de los tres pasos va dirigida a interpretar los límites a los derechos de autor, no a los derechos exclusivos. La regla de los tres pasos define cuál es la extensión de los límites, no la extensión de la protección otorgada al autor. Por lo tanto, la propuesta de la interpretación inversa de la regla no tendría cabida dentro del sistema del derecho de autor propuesto por el Convenio de Berna.

Sin embargo, propuestas como esta que incorporan conceptos del *fair use* norteamericano han llamado la atención de autores europeos y se han hecho propuestas para incorporar dicha doctrina, o por lo menos su “versión europea” de la misma. Se han propuesto sistemas mixtos en donde los límites establecidos en listas exhaustivas en la legislación coexistan con un límite genérico de naturaleza abierta basado en el *fair use*. Se busca así un sistema más flexible pero dotado al mismo tiempo de seguridad jurídica (Hugenholtz y Sentfleben, 2011).

En el capítulo 5 ya apuntábamos que una crítica que podía hacerse sobre la regla de los tres pasos es que como prueba en realidad no tenía mucho valor pues los pasos se basan en oraciones vagas y confusas sobre cuya interpretación no existe consenso y probablemente nunca lo exista.

Después de analizar varias propuestas que van en el sentido de redefinir la regla de los tres pasos para que su interpretación tome en cuenta los intereses de todas las partes y no solamente los intereses económicos, nos dimos cuenta que ni siquiera existe consenso sobre si la regla de los tres pasos realmente tiene una utilidad. Lo único que pudimos evidenciar es que, entre quienes consideran que la regla de los tres pasos puede ser “reconvertida” en un instrumento de flexibilidad, existe una tendencia hacia mirar favorablemente la introducción de la doctrina del *fair use* en el derecho europeo e internacional, lo cual nos llevó a preguntarnos si esto realmente sería adecuado.

### **6.6.2 El *fair use* como solución ¿parte del problema?**

Analizamos en primer lugar los orígenes de la doctrina del *fair use* en el caso *Folsom v. Marsh* de 1841 que fue el primero en instaurar la doctrina en el Copyright norteamericano sentando

las bases para los cuatro factores que componen la doctrina que posteriormente sería codificada en la §107 del U.S. Copyright Act de 1976.

Para los críticos de la doctrina del *fair use* la sentencia no representa otra cosa sino una expansión desmedida del Copyright puesto que la doctrina es una excepción a la protección de la Ley y por lo tanto lo que significa es que toda utilización no autorizada de una obra es una infracción a la legislación salvo que pueda ser probado que es *fair use*.

La doctrina del *fair use* es en realidad un medio de defensa frente a la acusación de que un uso en particular infringe lo dispuesto en la legislación. Quién es acusado de la infracción deberá probar que su utilización se ajusta al *fair use* valorando (1) el propósito y naturaleza del uso que ha realizado; (2) la naturaleza de la obra protegida; (3) la cantidad y sustancia de la porción utilizada; y (4) el efecto de la utilización en el mercado potencial o el valor de la obra utilizada.

De cualquier forma, la interpretación de los cuatro factores que componen a la doctrina del *fair use* no es cosa sencilla y por lo tanto analizamos la interpretación de sus factores en los casos considerados como más importantes en la jurisprudencia norteamericana: *Sony v. Universal City Studios*, *Harper & Row v. Nation*, *Campbell v. Acuff-Rose*, *A & M Records v. Napster* y *Field v. Google*.

Después de analizar dichas sentencias nos dimos cuenta de que no parece existir un verdadero consenso en la jurisprudencia sobre el significado de la doctrina del *fair use*. *Harper & Row* parece establecer inequívocamente que el cuarto factor es el más importante mientras que *Campbell v. Acuff-Rose* parece dar más importancia al primer factor para luego advertir que todos deben ser considerados con la misma importancia. Según la doctrina, la tendencia histórica ha sido la de considerar al cuarto factor como el más importante, lo que hace entonces que la doctrina adolezca del mismo defecto que le hemos atribuido a la regla de los tres pasos: los factores económicos tienen

demasiado peso y no se suelen tomar en consideración el interés general y las libertades fundamentales.

En tiempos más recientes, así lo indican los asuntos más nuevos que hemos analizado, la tendencia es dar más peso al primer factor, sobre todo respecto de poder probar que el uso de una obra protegida puede ser considerado como transformativo lo que para algunos autores genera demasiada incertidumbre jurídica.

Analizando las sentencias antes citadas llegamos a la conclusión de que uno de los mayores defectos del *fair use* es que el mismo se invoca en un juicio como una defensa frente a una infracción de los derechos exclusivos del demandante, siendo el demandado el que tiene la carga de la prueba. Como no existe una verdadera tendencia, el resultado suele ser incierto y como la norma es, como ya dijimos, cualquier uso es infractor salvo que pueda ser probado que es *fair use*, la inseguridad jurídica generada recae mayormente sobre quien pretende realizar el uso no autorizado.

Entre los más críticos está Lawrence Lessig quien califica al *fair use* como el simple de derecho a contratar a un abogado para defender el derecho a crear, siendo la crítica principal que ir a juicio para probar que un uso no es infractor es demasiado caro y toma demasiado tiempo, además de la inseguridad jurídica respecto del resultado del juicio que es incierto.

Analizando el caso práctico de los canales de VOD de e-Televisión como si estuvieran alojados en la Universidad de Columbia en lugar de la Complutense, llegamos a la conclusión de que tener que ir a juicio a probar que nuestra utilización de clips de vídeo con fines de crítica para actividades educativas podría suponer, si no conseguimos ganar el juicio, en pagar una indemnización de entre \$12,000 y \$1,800,000 dólares americanos más otros costes legales, según los datos aportados por Peter Decherney.

Concluimos que otro de los grandes problemas del *fair use* es que invocar la defensa, tomando en cuenta el riesgo económico y los posibles costes, es un privilegio al alcance de muy

pocos, por lo que es probable que en su mayoría, sean solamente grandes empresas las que decidan invocar la defensa. Esto puede tener la consecuencia negativa de inhibir al público en general de emprender obras creativas o de otra índole que impliquen la utilización de contenidos creados por terceros con el consecuente impacto negativo en la libertad de expresión y en la innovación.

Además, como la única manera de acabar con la incertidumbre es por la interpretación a través de la vía judicial, si los costes y riesgos son tan altos es muy probable que la mayoría de las personas opten por evitar un juicio, con lo que es poco probable que la incertidumbre se disipe en un futuro cercano.

Por todo lo antes descrito, la doctrina del *fair use* genera una situación en donde el copyright tiene la capacidad de proteger a quien es tenedor de los derechos de obras protegidas pero al mismo tiempo de contribuir a *desincentivar* la utilización de contenidos protegidos para la creación de nuevas obras o de la utilización de obras protegidas para fines como la cita, que están íntimamente relacionados con la libertad de expresión.

Respecto de incorporar la doctrina del *fair use* a un sistema de derecho continental como el nuestro, se podría decir que el *fair use* puede ser una alternativa válida cuando se combina con una lista exhaustiva de límites al derecho de autor, pero si sus problemas respecto de la incertidumbre en su interpretación se traslada al ámbito de nuestro derecho, lo único que se generará será una lista exhaustiva que permite usos bastante restrictivos y por otro lado, un estándar abierto, lleno de incertidumbre y al que pueden acceder solo unos pocos que puedan asumir los riesgos y costes de un juicio.

De la misma manera, aplicar los criterios de la doctrina del *fair use* para interpretar la regla de los tres pasos pretendiendo obtener un estándar flexible de interpretación de los límites puede simplemente no cambiar nada: parece ser que con la doctrina del *fair use* también priman las consideraciones económicas por encima de cualquier otra a la hora de decidir si un uso no autorizado



puede ser admitido o en cambio supone una infracción a los derechos del tenedor. El hecho de que con el *fair use* toda utilización es una infracción salvo que se pruebe lo contrario, el aplicarlo a nuestro Derecho puede resultar en una protección exagerada de los intereses económicos de unos cuantos. Por lo anterior no podemos recomendar la adopción o expansión de la doctrina del *fair use* ni en nuestro ordenamiento jurídico ni a nivel internacional.

### **6.6.3 Las licencias *Creative Commons* como alternativa a los límites al derecho de autor.**

La primera cuestión respecto de la idoneidad de las licencias *Creative Commons* sería comprobar si cuentan con el reconocimiento de la legislación y los tribunales y por lo tanto se puede obligar al cumplimiento de lo dispuesto por las mismas.

Después de analizar varias sentencias judiciales que reconocen a las licencias *Creative Commons* en España y otras partes del mundo, concluimos que los Tribunales no tienen ningún problema en reconocer dichas licencias. Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia nos dejó con algunas preocupaciones.

Uno es el problema de la compatibilidad de las licencias *Creative Commons* con otras licencias similares con características *copyleft*. Esto puede llegar a ser un gran problema para las obras derivadas, como las obras multimedia, que utilizan varias obras diferentes y cuyas licencias pueden entrar en conflicto respecto de lo que unas permiten y las otras no.

Ahora bien, en nuestra opinión, una reserva respecto de las licencias *Creative Commons*, sobre todo como alternativas a los límites a los derechos de autor viene de su mismo concepto. Las licencias CC entienden al derecho de autor desde un concepto de propiedad tradicional en donde todos los usos están prohibidos salvo los que el tenedor de los derechos permita, o lo que es lo mismo, todos los usos de una obra bajo licencia *Creative Commons* están prohibidos, salvo los que se permitan por licencia.

*Creative Commons* extiende la creencia entre los particulares de que todo contenido debe de ser distribuido bajo una licencia, especificando qué se puede hacer y qué no.

Esto nos lleva a otra contradicción. Las licencias se han concebido como una solución a un problema que había identificado respecto de los contenidos online que estaban cada vez más sujetos a medidas tecnológicas de protección y a licencias que eran restrictivas respecto de los usos que se podían realizar.

Sin embargo, a medida que las licencias se han ido extendiendo entre los particulares, más y más, todo el contenido online estará sujeto a licencias que establecen condiciones unilateralmente, por benévolas que estas puedan ser, causando así una reducción del dominio público que resulta erosionado por las licencias.

En conclusión, aunque las licencias *Creative Commons* son una iniciativa loable, con potencial para mejorar la situación actual respecto de los límites al derecho de autor que hoy son muy restrictivos pues pueden ser una alternativa válida para permitir utilizaciones. Sin embargo, como hemos dicho, la filosofía detrás de las mismas es preocupante pues perpetúan la idea del derecho de autor visto como un derecho meramente de propiedad, en donde utilizar una obra ajena está prohibido salvo que se diga lo contrario y en donde toda actividad creativa, por mínima que sea, está sujeta a una licencia y mientras más crezcan las licencias, más se reducirá el dominio público.

#### **6.6.4 Fortalecer el dominio público como solución.**

Habiendo analizado propuestas alternativas que permitan revertir la situación actual en la que se encuentran los límites al derecho de autor, que prohíben más que permiten y son poco eficientes y efectivos a la hora de proteger libertades fundamentales y el interés general, nos dimos cuenta que ninguna de ellas realmente tendría el impacto deseado.

La regla de los tres pasos no parece ser un instrumento útil y ni siquiera dándole una interpretación más flexible parece que pueda ser de mucha utilidad por lo que no creemos que su utilización deba de ser más extendida o más frecuente en el derecho de autor.

No parece que la doctrina del *fair use* pueda traer beneficios a nuestro sistema jurídico si se expande su aplicación a nuestro sistema nacional o en el plano internacional. En su país de origen la misma parece traer más problemas que beneficios y por tomar en cuenta el interés general o no, parece que se inclina a considerar intereses únicamente económicos tanto o más que la misma regla de los tres pasos. Además, no nos gusta su concepción en la que toda utilización es una infracción salvo que se pruebe lo contrario. La incertidumbre jurídica recae así casi exclusivamente en quien pretende utilizar una obra ajena, aún si su intención está relacionada con una libertad fundamental como la libertad de expresión o con las actividades educativas.

Las licencias *Creative Commons* tienen aspectos positivos y su impacto es deseable pues genuinamente permite una mayor flexibilidad en cuanto a los usos permitidos, siendo especialmente efectivas para permitir obras derivadas. Sin embargo no representan una solución a futuro, pues más bien mantienen el *status quo*, en donde toda utilización está prohibida, salvo las permitidas.

En busca de una solución más permanente, volvimos a preguntarnos sobre la finalidad última del derecho de autor que busca incentivar la creación para que las obras circulen y las ideas contenidas en estas sirvan de nutriente para la creación de obras nuevas para así beneficiar a toda la sociedad en su conjunto.

Como el dominio público es ese espacio en donde obras e ideas pueden circular libremente en beneficio de toda la sociedad en su conjunto, decidimos apostar por su fortalecimiento como solución pero nos dimos cuenta que de hecho, históricamente, la legislación del derecho de autor ha llevado a una reducción del espacio que puede ser considerado como dominio público.

A lo largo de su historia el objeto y contenido del derecho de autor se han ido expandiendo y cada vez más obras son protegidas mediante el otorgamiento de derechos exclusivos sobre su explotación. Así, se reduce el objeto del dominio público puesto que cada vez son menos las obras que pueden ser consideradas como no protegibles y cada vez existen más derechos exclusivos que restringen los usos libres de las obras.

El plazo de protección de los derechos exclusivos sobre las obras ha ido aumentando cada vez más, por lo que el número de obras que pasan al dominio público y el tiempo que tardan en hacerlo ha ido en aumento.

Además, muchas de las obras protegidas salen de circulación al no tener valor comercial suficiente que fomente su publicación y circulación. Esto genera que muchas obras no estén disponibles en el dominio público, pero que tampoco estén disponibles de cualquier otra forma.

Los límites al derecho de autor coadyuvan con el dominio público pues permiten espacios de libertad mientras la obra está protegida y su explotación es exclusiva para el autor o el tenedor de los derechos.

Pero si es cierto que la mayoría de las obras no están disponibles, es decir, no solo es que no están en el dominio público, sino que tampoco es posible conseguirlas en el mercado, entonces esas ideas e información que decíamos que los límites ayudan a circular, no tienen posibilidad alguna de hacerlo pues si las obras no están disponibles para ser utilizadas con o sin autorización, el ampararse en un límite no servirá de mucho.

La expansión de la Ley y la sobreprotección de los intereses económicos de los tenedores de derechos sobre obras, causa una reducción de lo que está en el dominio público y además contribuye a dificultar que el derecho de autor cumpla con su finalidad última de avanzar el interés general mediante la difusión de las obras del intelecto.

Por lo anterior, analizamos varias propuestas para intentar detener o incluso revertir la expansión de la Ley y así poder asegurar la buena salud del dominio público.

Dichas propuestas eran: (1) las encaminadas a restablecer el requisito de cumplir con ciertas formalidades para poder obtener la protección de los derechos exclusivos de una obra. Como no cumplir con las formalidades significa que no se otorga la protección de la Ley, el efecto deseado era que cuando el coste de cumplir con las formalidades era mayor que la ganancia esperada de la explotación de la obra, el tenedor de los derechos simplemente abandonaría su obra al dominio público; y (2) las otras propuestas estaban encaminadas a supeditar la renovación del plazo de protección, a cumplir con una formalidad registral.

Con estas propuestas se busca reducir el tiempo en que las obras tardan en pasar al dominio público puesto que, cuando un autor determinara que los costes ya no hacen viable renovar el plazo de protección puesto que los réditos económicos ya no eran atractivos, la obra sería abandonada al dominio público. Esto generaría eventualmente que una gran cantidad de obras pasasen al dominio público en muy poco tiempo.

Todas las propuestas que analizamos tenían sus pros y sus contras, y los datos económicos presentados para apoyar su viabilidad eran convincentes y apuntaban a que efectivamente podrían tener un impacto positivo en el dominio público. Ninguna de las propuestas resuelve en realidad el problema de la expansión del objeto del derecho de autor ni de los derechos exclusivos que protegen a las obras pero sobre todo el registro de obras que supedita la renovación del plazo de protección, a nuestro parecer, puede tener un impacto positivo en cuanto al número de obras que pasan al dominio público y respecto de poder construir un archivo de obras en el dominio público que permita mejorar la eficiencia en la localización de las obras libres de protección y que por lo tanto facilite su acceso y utilización.

Sin embargo, contrastando las propuestas con lo dispuesto en la legislación, nos dimos cuenta de que de nuevo los Tratados Internacionales se cruzan en nuestro camino y ninguna propuesta podría ser adoptada en la legislación local pues contravendría lo dispuesto en el Convenio de Berna, particularmente lo dispuesto en su artículo 5(2) que dispone que el goce y ejercicio de los derechos otorgados al autor sobre su obra no puede estar sujeto a formalidades.

#### **6.6.4.1 La regulación del dominio público como medio para su fortalecimiento.**

Finalmente, analizando la doctrina, identificamos una alternativa más que nos permitiría defender al dominio público, impedir su reducción y eventualmente lograr su fortalecimiento. Dicha alternativa consiste en la regulación del dominio público.

Frente al derecho de autor que define al dominio público negativamente, es decir lo que es se entiende solo como lo que no es protegido por el derecho de autor, oponemos una definición positiva del dominio público que pretende establecer lo que el dominio público es.

Visto desde una perspectiva positiva, el dominio público no se define como un espacio fuera del ámbito del derecho de autor, sino que el dominio público se define como un espacio en donde obras y otros elementos de libre utilización por todos los ciudadanos están protegidos frente a utilidades exclusivas de dichos elementos que lo componen.

Teniendo lo anterior en cuenta, y siguiendo mayormente una propuesta de Dusollier (y las de Benabou y Mazzone), abogamos por la protección del dominio público a través de legislación dirigida a ese fin, lo que llamamos el Derecho del Dominio Público.

Nuestra propuesta en este sentido no es una propuesta *lege ferenda* sino más bien un ejercicio por intentar identificar qué aspectos serían esenciales en una legislación para proteger al dominio público e identificar a su vez cuál sería el objeto, quienes serían los sujetos y cuáles serían los derechos específicos que darían contenido a dicha legislación.

A este respecto, ofrecemos una posible definición legal de lo que debe entenderse por dominio público:

*Dominio público es el espacio de interés público compuesto por ideas, información, obras y materiales que circulan libremente y a los que cualquiera puede acceder o utilizar; no pudiéndose oponer derecho de exclusividad individual alguno en cuanto a su utilización.*

Dicha definición nos permitió identificar al objeto del derecho del dominio público, que está compuesto de varios elementos:

- 1) La **información y las ideas**. Toda expresión particular de información e ideas (una obra) está fuera del ámbito del dominio público por un tiempo limitado.
- 2) Las **obras originales** que pueden entrar a formar parte del dominio público de dos maneras:
  - Cuando el plazo de protección de sus derechos exclusivos termina y por lo tanto ya nadie puede exigir una exclusividad para utilizar dichas obras; y
  - Cuando el autor o tenedor de los derechos exclusivos decide renunciar a los mismos y ceder la obra al dominio público.
- 3) Los **materiales** que son las exclusiones al objeto del derecho de autor establecido en la legislación que regula al mismo, impidiendo que puedan tener la consideración de obras. Aquí estarían incluidos ciertos documentos de los órganos públicos y aquellas obras que no reúnen requisitos de originalidad suficientes para ser protegidas por el derecho de autor.

Establecer con claridad el objeto permite diferenciar lo que es dominio público de lo que está protegido por el derecho de autor incluso cuando ambos se combinan en obras derivadas y mediante la identificación de las obras, ideas, información, materiales y otros elementos que pueden formar

parte del dominio público, se facilita la tarea del Estado de preservar estos elementos y promover su acceso y explotación, asegurando así su disponibilidad.

Identificado el objeto, identificamos a los sujetos del dominio público:

- 1) Los **ciudadanos en general**, que son sujetos activos puesto que pueden exigir y defender frente a terceros el derecho a acceder y utilizar las obras, ideas, información y materiales que se encuentran en el dominio público.
- 2) El **autor** respecto de los derechos morales sobre las obras de su creación que han pasado al dominio público. Como sujeto activo puede exigir el respeto a sus derechos de paternidad y a la integridad de la obra frente a quienes la utilicen.
- 3) El **Estado** respecto del interés general que busca proteger y fomentar.
- 4) Los **que reclaman derechos exclusivos** sobre obras que contienen elementos que están en el dominio público
- 5) El **Estado** como sujeto pasivo respecto de su obligación de procurar la libre circulación de los elementos que están en el dominio público.

Establecer quiénes son los sujetos de un derecho del dominio público permite saber frente a quien se deben de oponer los derechos que se tienen sobre el dominio público y sobre quien deben recaer ciertas obligaciones que permitan proteger al dominio público así como promover la libre circulación de sus contenidos.

Finalmente, hemos definido el contenido del derecho del dominio público en cuanto a los derechos implicados en la circulación libre de obras, información, ideas y materiales en el dominio público. Así, todos los ciudadanos, que son los sujetos legitimados para utilizar los elementos del dominio público tienen dos derechos principalmente:



1) El **derecho de acceso libre** a las obras, ideas, información y materiales en el dominio público y que implica poder exigir lo siguiente:

- Exigir al sujeto pasivo (tenedor de los derechos) sobre una obra protegida pero que contiene elementos (partes de obras en el dominio público, materiales, ideas o información) que están en el dominio público que proporcione acceso libre a dichos elementos.
- Exigir al tenedor de los derechos el acceso sin restricciones a las obras sujetas a derechos exclusivos desde el momento en que expire el plazo de la protección y estas pasen al dominio público.
- Exigir al Estado que tome las medidas necesarias para procurar tanto el acceso a los contenidos como su disponibilidad para ser utilizados y su libre circulación.

2) El **derecho a la utilización libre** de las obras, ideas, información y materiales en el dominio público y que implica la facultad de reproducir, distribuir, comunicar públicamente obras en el dominio público sin que nadie pueda oponerse a ello. Este derecho incluye además la posibilidad de utilizar libremente ideas, información y materiales que están en el dominio público sin que nadie pueda oponerse a ello.

Este derecho está sujeto a dos límites:

- Respetar el derecho moral del autor cuya obra en el dominio público ha sido utilizada
- El que la utilización no suponga impedir la utilización libre de los mismos elementos por terceras personas ni intentar apropiarse indebidamente de elementos en el dominio público.

Determinar el contenido de los derechos del dominio público permite establecer qué derechos se desprenden del ámbito del dominio público, cómo pueden ejercerse, qué implica un uso abusivo de los mismos y qué obligaciones representan estos derechos para los sujetos pasivos.

En el apartado 6.4.5 de este capítulo entramos en más detalle sobre lo que implica cada derecho y qué sujeto activo puede oponer qué derecho a qué sujeto pasivo y también hemos aducido a otras consideraciones que requieren hacerse respecto de una posible legislación de protección al dominio público como por ejemplo si se debe de legislar dentro de la misma legislación del derecho de autor o debe de hacerse en un ordenamiento jurídico aparte.

Hemos establecido los principios rectores de la protección que nos permiten esbozar qué disposiciones legales específicas podrían estar incluidas en la legislación pero no las repetiremos ahora.

Lo importante de nuestra propuesta no es ser exhaustiva sino simplemente servir de ejemplo de lo que una ley del dominio público podría significar y resaltar los beneficios que tendría para el fortalecimiento del dominio público el que le mismo fuera protegido a través de la legislación. Por ello hemos establecido quienes serían los sujetos protegidos, qué derechos otorgaría la ley (acceso libre y utilización libre) y hemos intentado delimitar qué elementos son los que conforman el objeto de la protección de una legislación del dominio público.

Los Tratados Internacionales dificultan en exceso encontrar alternativas efectivas para contrarrestar la expansión desmedida del ámbito y plazos de protección a los derechos exclusivos establecidos en la regulación del derecho de autor vigente.

Frente a dicha expansión, una alternativa válida puede ser oponer derechos derivados del dominio público entendido en positivo, como contrapunto a los derechos contenidos en la legislación del derecho de autor que tienden a sobreproteger a los tenedores de los derechos exclusivos.

Una protección legal que permita la existencia de un dominio público sano y bien protegido contra embistes expansivos de los derechos exclusivos podrá ayudar además a suplir las carencias de un sistema de límites al derecho de autor que es demasiado restrictivo y que ve cómo iniciativas para

mejorar su regulación tienen un limitado impacto por las cargas impuestas por los Tratados Internacionales.

- Como lo que se regula dentro del dominio público es por definición, lo que está fuera del ámbito del derecho de autor, los Tratados Internacionales no deben de ser un impedimento para establecer medidas legislativas que permitan la protección del dominio público y el interés general que con él se persigue.

Un Derecho del Dominio Público, cuya finalidad es proteger al interés general y a las libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información, a la cultura y a la educación procurando que tengan un espacio pleno para su desarrollo, dentro del ámbito de dicho dominio público, puede ser una extraordinaria herramienta para contrarrestar el daño que resulta de una legislación del derecho de autor que parece estar motivada por la simple protección de derechos económicos y del mercado, que sin duda se ha apartado de las finalidades últimas y verdaderas con las que se ha otorgado la protección a los autores, dejando del lado al interés general.

## Conclusiones.

- El derecho del copyright norteamericano y el derecho de autor español presentan diferencias respecto de cuál entienden que debe ser su finalidad. El primero tiene una finalidad inequívoca, establecida en su Constitución, y es la protección del autor para incentivar la creación con el fin último del avance de las artes y las ciencias en beneficio de la sociedad en su conjunto. El derecho de autor español no tiene una finalidad tan clara, pero su naturaleza dual permite concluir que admite una doble finalidad: 1) la protección moral y económica del autor como un fin en sí mismo, 2) y la protección del interés general y ciertos derechos fundamentales
- Sin embargo, el problema con ambos sistemas de Derecho es el mismo: el legislador se ha olvidado de cuál es la verdadera finalidad de la legislación y ha adoptado normativa inadecuada, más encaminada a proteger intereses económicos que otra cosa, lo que trae consecuencias negativas tanto para la protección del derecho moral del autor como para el interés general y la protección de ciertos derechos fundamentales: libertad de expresión, acceso a la cultura y derecho a la educación.
- Entre la normativa que más ha sufrido por esta pérdida de rumbo está la referente a los límites a los derechos exclusivos del autor. Dichos límites son importantes para procurar el acceso a obras por motivos de interés general y para la protección de libertades fundamentales pues generan el espacio que permite disfrutar de las mismas aún si los contenidos están protegidos. La legislación actual pone en peligro dichos espacios de libertad.
- Uno de los colectivos que se ven más afectados por la reducción de dichos espacios de libertad es la Universidad, sitio que normalmente debería de ser propicio para el desarrollo de la libertad de expresión, del derecho a la educación y el acceso a la

cultura y la ciencia. Por ello conviene estudiar a detalle límites como el de cita e ilustración de la enseñanza, íntimamente ligados con estos derechos fundamentales.

- Para poder entender los límites a los derechos de autor es necesario entender qué está protegido por la legislación en la materia, a quién se otorgan derechos y en qué consisten dichos derechos. Por ello hemos analizado al sujeto, objeto y contenido del derecho de autor.
- Definir lo que es la obra, es decir, el objeto de la protección, nos permite determinar qué no es protegible, como las ideas o los conceptos, que por lo tanto son de libre circulación y utilización.
- Determinar que los autores son los titulares originarios de todos los derechos, nos permite entender qué derechos morales y patrimoniales les protegen. También nos permite identificar quienes son los otros sujetos que tienen derechos según la legislación en la materia, y ello nos permite entender cómo se ven afectados por los límites.
- Establecer las diferencias entre los derechos morales y los derechos de explotación nos permite diferenciar qué derechos se ven afectados por los límites y nos permite comprender que necesariamente, aún si una utilización libre está amparada por un límite, es indispensable respetar el derecho moral del autor.
- Es especialmente importante distinguir el derecho moral de integridad del derecho exclusivo de transformación pues nos permite determinar casos en que los límites permitirán usos transformativos de obras sin contar con autorización del titular de los derechos.
- Establecimos que en la legislación existen limitaciones generales al derecho de autor. Uno de ellos es que la legislación, en general, solo protege a aquello que es

considerado como una obra original. Todo lo que queda fuera de este ámbito, es de uso libre, como las ideas por ejemplo. El otro límite general es en cuanto a la duración en el tiempo del plazo de protección. Los derechos de explotación, y algunos derechos morales, se extinguen después de un plazo establecido en la Ley. Esta limitación es necesaria puesto que así las obras pueden pasar a enriquecer el acervo cultural y científico de la sociedad una vez que el autor ha sido compensado adecuadamente. Esto es muestra de esa doble finalidad del derecho de autor en donde se protege al creador, pero también al interés general.

- Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el derecho de autor encuentra su límite más general en el dominio público, el cual se compone de lo que no puede ser protegido como obra y por lo tanto es de libre utilización, como de aquello que, siendo protegible, recibe una protección limitada en el tiempo, después del cual pasa a formar parte de dicho dominio público. El que una obra esté en el dominio público no implica que derechos morales como la integridad de la obra o la atribución dejen de estar protegidos.
- La legislación también establece límites específicos, que son casos en los que un tercero puede utilizar una obra sin autorización del titular siempre y cuando encaje en el supuesto previsto en la Ley. La legislación, también puede contener excepciones, en virtud de las cuales, si se cumplen ciertos requisitos en cada caso concreto, un uso no autorizado no será considerado como una infracción. En el capítulo 3 hemos establecido que es preferible utilizar el término “límites” pues así nos referimos a casos de libre utilización, como un derecho oponible al titular de los derechos, y no a simples excepciones de responsabilidad frente a un derecho de otra forma absoluto.
- Una comparación entre los límites contenidos en diversos Tratados Internacionales, principalmente el Convenio de Berna, Directivas Europeas, en particular la Directiva

Infosoc y la LPI española, nos permitieron hacer un análisis cuantitativo que evidencia que la legislación española ha establecido menos límites específicos en la LPI que sus contrapartes europeas e internacionales. Mientras que la Directiva Infosoc establece una amplia lista de límites de adopción facultativa, la LPI en comparación, establece tan solo un puñado. Esto nos indica que sería posible que la LPI adoptara más límites en beneficio del interés general.

- Un breve análisis cualitativo ha permitido también que nos demos cuenta que la legislación española es más restrictiva que las Directivas y Tratados Internacionales, respecto de las condiciones en las que establece los límites que ha decidido adoptar. Esto quiere decir que sería posible que la LPI española estableciera límites mucho más flexibles dentro de su articulado.
- Como se desprende de estudiar el Convenio de Berna, entre los límites considerados como más importantes están el de cita (que es de adopción obligatoria para los miembros) y el encaminado a permitir usos con fines de ilustración de la enseñanza e investigación. Por este motivo, hemos decidido estudiar dichos límites más a fondo y obtener conclusiones aplicables a todos los límites en general.
- Aunque el derecho de autor y el derecho a la educación persiguen finalidades similares pues ambos buscan el avance de la sociedad a través del conocimiento, a menudo se encuentran en tensión debido a la cuestión del acceso a los contenidos protegidos.
- Así como el derecho de autor suele reconocer que es necesario establecer límites a los derechos de autor por motivos de interés público, también reconoce la importancia del derecho a la educación y la tensión que existe entre ambos derechos. Por ello ha establecido límites específicos para beneficiar a las actividades educativas y de

investigación, procurando ese balance entre el control y el acceso a los contenidos protegidos.

- El Convenio de Berna se ha dado cuenta de la necesidad de proteger el derecho a la educación y también la libertad de expresión. Por ello estableció un límite de cita, de adopción obligatoria.
- Sin embargo, el hecho de que la adopción del límite sea obligatoria, pero no así la adopción de su redacción ha ocasionado que aparezcan importantes diferencias en cuanto a lo que el límite permite en un país u otro, resultando en que la protección de los derechos fundamentales no es uniforme entre los distintos ordenamientos jurídicos.
- La consecuencia más grave es, sin embargo, que aunque la redacción del límite de cita en el Convenio de Berna contiene elementos que permiten flexibilidades en el mismo, los países miembros en general han decidido establecer límites más restrictivos.
- En la Directiva Infosoc, el límite de cita es uno de los límites de adopción facultativa por los Estados miembros, ello a pesar de que uno de los objetivos de la Directiva es la armonización del derecho de autor en la Unión Europea. Esto pone aún en más riesgo la protección uniforme de la libertad de expresión en el ámbito europeo. Además, como el otro objetivo de la Directiva es la protección del mercado único, el que el límite no sea de adopción obligatoria pone en peligro la seguridad jurídica dentro del espacio europeo puesto que un uso podría estar amparado en el límite de cita en un país pero no estarlo en otro. Esto es una lástima, puesto que el límite, como se concibe en la Directiva, está listo para ser aplicado en el ámbito online y también goza de una redacción flexible e inclusiva.



- El límite de cita en la LPI es más restrictivo que el límite tal y como aparece en la Directiva Infosoc o en el Convenio de Berna, llegando incluso a restringir la cita a finalidades docentes o de investigación, lo cual hace que a diferencia de la legislación internacional, en España el derecho de citar no sea *erga omnes*. La interpretación que se hace de otra condición finalista, que la cita sea para su análisis, comentario o juicio crítico, aunado a la primera condición, parece dejar fuera del límite a usos tradicionalmente considerados como citas.
- Consideramos, por otro lado, que el silencio del art. 32.1 LPI respecto de los actos de explotación afectados por el límite de cita, da cabida a interpretar, si se hace flexiblemente, que es posible ampararse en este límite para realizar la transformación de una obra.
- En las conclusiones específicas al capítulo 4 detallamos más problemas con el límite de cita en la LPI que en general es demasiado restrictivo como para proteger adecuadamente derechos fundamentales como la libertad de expresión, por ello hemos llegado a la conclusión de que es necesaria una propuesta de *lege ferenda* respecto del art. 32.1 LPI que permita adoptar un límite de cita más adecuado.
- Dicha propuesta, es analizada a detalle en el capítulo 5 y toma en cuenta lo dispuesto por la regla de los tres pasos. Nuestra propuesta es la siguiente:  
  
*“Art. 32.1 Es lícita la utilización de cualquier obra a título de cita, para su análisis, comentario, juicio crítico, efecto artístico, cualquier otra finalidad similar o inclusión incidental de una obra en otro material, siempre que se haga a partir de obras puestas lícitamente a disposición del público salvo que no pueda comprobarse que lo han sido, siempre que se haga en la medida justificada por el bien perseguido, se haga buen uso de la obra citada y siempre que no se trate de una reproducción encubierta de dicha obra. En todo caso será necesario mencionar la fuente y el nombre del autor, cuando esto sea posible.”*
- Analizamos también el límite de ilustración de la enseñanza en el Convenio de Berna y concluimos que debería de ser un límite de adopción obligatoria, pues consideramos

que el ámbito educativo es el espacio propicio para el intercambio de ideas e información, necesarios para un ejercicio pleno de la libertad de expresión y en este aspecto este límite es tan importante como la cita.

- El límite de ilustración de la enseñanza en el Convenio de Berna no es de adopción obligatoria, por lo que obviamente su redacción tampoco lo es. Esto ha dado lugar a problemas similares a los descritos respecto del límite de cita, siendo el más grave la oportunidad perdida de tener legislaciones a nivel nacional que protejan de manera más uniforme al interés general. De nuevo, este límite contiene flexibilidades que no son aprovechadas a nivel de legislaciones domésticas.
- El límite de ilustración de la enseñanza en la Directiva Infosoc también es de adopción facultativa, pero sin embargo su redacción permite adoptar un límite a nivel local con una buena dosis de flexibilidad. No se excluye la utilización de ningún tipo de obra ni se constriñe la extensión de la utilización y parece estar preparado para aplicarse en el ámbito online. El límite como es de esperarse, contiene un condicionante finalista que la utilización se haga con fines de ilustración educativa o de investigación científica.
- A pesar de dicha restricción, es un buen complemento del límite de cita pues permite, en un ámbito más restringido en cuanto a los beneficiarios y la finalidad del uso, una mayor libertad en la extensión y modalidad de las utilizaciones. Desafortunadamente, como ni la adopción del límite ni su redacción son obligatorias, esto ha causado que los Estados miembros adopten el límite de manera dispar y generalmente, más restrictiva, siendo uno de los países más restrictivos España. La gran diferencia en la adopción del límite entre países europeos da lugar a la inseguridad jurídica, como sucede con el límite de cita.

- De hecho, la redacción del límite de ilustración de la enseñanza en la LPI es tan restrictiva que en lugar de ser un complemento al límite de cita, es redundante respecto del mismo y es incluso más inflexible respecto de la extensión de las obras que pueden ser utilizadas (solo admite el uso de “pequeños” fragmentos de ciertas obras, mientras que la cita habla solamente de fragmentos sin calificativos) y respecto de sus beneficiarios, pues habla del profesorado de la educación reglada, lo que tiene la desafortunada consecuencia de dejar fuera del beneficio del límite al alumno. Así es un límite más restrictivo respecto de sus beneficiarios y de los usos que permite, llegando incluso a limitar los actos de explotación que pueden realizarse.
- El límite de ilustración de la enseñanza en la LPI evidencia otros problemas derivados de su excesiva restricción, los cuales detallamos en el capítulo 4. Resaltamos uno más, y es la desafortunada decisión de dejar fuera del límite a los libros de texto y manuales universitarios, lo cual tiene la grave consecuencia de dificultar aún más la circulación de la literatura científica entre los alumnos universitarios. Si uno de los fines del derecho de autor es la difusión del conocimiento en la sociedad, parece que este límite falla espectacularmente.
- Por lo anterior creemos necesaria una propuesta de *lege ferenda* sobre el art. 32.2 LPI. Como sucede con el límite de cita, un análisis pormenorizado de su contenido se encuentra en el capítulo 5 en donde también se razona como esta propuesta cumple con lo dispuesto por la regla de los tres pasos:

*“Art. 32.2. No se necesitará de autorización para la utilización de obras, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración de actividades con fines educativos o de investigación científica. Dichas actividades podrán darse indistintamente en el aula o fuera de ella e incluirán actividades educativas o de investigación a distancia y online o cualquier otro método equiparable. La utilización de obras solo podrá hacerse en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, de acuerdo a los buenos usos y siempre que no se trate de actos de explotación encubiertos con finalidades distintas a las didácticas o científicas. Salvo*

*en los casos en que resulte imposible, deberá indicarse la fuente, con inclusión del nombre del autor.”*

- En los Tratados Internacionales la regla de los tres pasos opera como una restricción dirigida al legislador nacional quien deberá cumplir con cada uno de sus tres elementos para poder adoptar un límite específico dentro de sus leyes domésticas. Las condiciones e interpretación de la regla se han ido endureciendo a medida que ha aparecido en distintos Tratados Internacionales llegando a su interpretación más restrictiva a raíz de una resolución de un Panel de la OMC que hoy en día es la interpretación más extendida de la regla.
- En el capítulo 5 se detalla la interpretación de cada uno de los pasos de la regla y se muestra como el mayor problema viene dado por el hecho de que el criterio actual impone que los pasos de la regla deben de ser analizados cumulativamente. Esto quiere decir que si un posible límite cumple con el primer paso pero no con el segundo, tiene que ser declarado inválido sin entrar a considerar el tercero.
- La doctrina dice que puede ser que el paso más importante de los tres sea el tercer paso, pues es el que permite analizar si existe alguna justificación válida para afectar a los intereses legítimos del autor. Dicha justificación válida podría ser el interés público o la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, la interpretación cumulativa hace que primero deban considerarse los pasos primero y segundo, y este último solo analiza cuestiones económicas. La consecuencia de esto, es que si se juzga que un límite puede afectar a la explotación normal o al mercado potencial de una obra, el mismo es desechado sin tener en cuenta si existía un interés válido de protección a algún derecho fundamental o del interés general. Además, la regla genera inseguridad jurídica porque a pesar de ser tan restrictiva, sus pasos nunca se han definido con claridad.

- Un criterio de esta naturaleza propicia que incluso límites como el de cita o el de ilustración de la enseñanza tengan problemas para ajustarse a la regla de los tres pasos. Por ejemplo, aunque nuestras propuestas de *lege ferenda* cumplen con la regla, los cambios que proponemos no son tan drásticos, principalmente porque si buscáramos ser aún más flexibles, nuestra propuesta no pasaría el escrutinio de la regla y por lo tanto no tendría posibilidad de ser adoptada en el ordenamiento interno.
- El mismo problema se ha heredado dentro del Derecho de la Unión Europea pues la Directiva Infosoc ha extendido la aplicación de la regla de los tres pasos a todos los Estados miembros. Otro problema que se presenta en la UE es que no existe una verdadera uniformidad en la interpretación de cuál debe ser la función de la regla. Mientras que algunos la ven como un instrumento dirigido al legislador, otros la ven como un criterio a la hora de aplicar los límites a casos concretos e incluso algunos países la han adoptado en sus ordenamientos internos, entre ellos España.
- La aplicación de la regla a casos concretos se ha hecho de maneras muy diferentes. En su interpretación más restrictiva, se ha decidido que la misma sirve para invalidar límites al derecho de autor, sobre todo en el ámbito digital, lo cual genera una gran inseguridad jurídica pues el usuario no puede saber, antes de la interpretación judicial, si una utilización realmente está amparada por un límite establecido en la Ley. Esto puede conllevar el gran peligro de desincentivar los usos amparados en los límites, con las nefastas consecuencias para actividades amparadas en la cita o en el límite de ilustración de la enseñanza con el consecuente daño a derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho a la educación.
- Aún si la regla es interpretada de manera flexible, la inseguridad jurídica persiste puesto que los pasos tampoco han sido definidos adecuadamente a nivel europeo.

- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado y ha establecido que la regla es un criterio de interpretación que debe dirigirse a jueces y tribunales nacionales, pero desafortunadamente ha validado la interpretación restrictiva de la regla y con ello ha generalizado la inseguridad jurídica y puesto en peligro, todavía más, el balance de intereses pues debemos recordar que la regla no permite una valoración adecuada de la protección de los intereses de la sociedad y los derechos fundamentales a la hora de valorar un límite a los derechos exclusivos. La regla es clara evidencia de la pérdida de rumbo del derecho de autor, pues su único criterio de peso es uno puramente económico.
- Sin embargo, la principal amenaza a los límites al derecho de autor sea la regulación de las medidas tecnológicas de protección que comparte con la regla de los tres pasos una voluntad de mirar al derecho de autor solamente desde el punto de vista de las consecuencias económicas.
- Las medidas tecnológicas presentan un grave problema causado por la tecnología en sí, limitada en cuanto a que no es capaz de discernir entre un usuario legítimo que tiene derecho a una utilización amparada en un límite y un usuario que podría realizar un acto infractor. Así, el efecto de las medidas es impedir cualquier tipo de actos, aún si pueden tener detrás justificaciones de un carácter superior a la mera protección de intereses económicos.
- Las medidas de protección generan un control total sobre las obras en formato digital, y la legislación en este sentido es deficiente. La misma prohíbe, aún a los usuarios legítimos la elusión de dichas medidas y la fabricación y comercialización de cualquier tecnología de elusión, lo cual dificulta el acceso a dicha tecnología, y en consecuencia el acceso a los contenidos aún si se está amparado en un límite, salvo

que se tengan los conocimientos necesarios para desactivar las medidas. Esto genera un derecho de control total en manos del tenedor de los derechos.

- Aunque el legislador reconoce que ciertos usos tienen que ser permitidos a pesar de las medidas, esto no incluye a cualquier límite al derecho de autor. Por ejemplo, se incluye al límite de ilustración de la enseñanza pero no al de cita. En España por ejemplo, esto tiene una consecuencia muy visible, como el límite de ilustración de la enseñanza es demasiado restrictivo, como evidencia nuestro caso práctico, casi siempre es mejor amparar los usos educativos en el límite de cita, que permite un poco más. Pues bien, como las disposiciones respecto de las medidas tecnológicas no toman en cuenta al límite de cita, hacen que el único límite en el que es posible ampararse si pretendemos utilizar contenidos digitales, sea el límite de ilustración de la enseñanza, el más restrictivo de los dos.
- En el derecho de la Unión Europea, la guinda en el pastel la pone la decisión del legislador de dejar a los tenedores de derechos no solo establecer las medidas tecnológicas sino las condiciones de acceso a las obras digitales puestas a disposición del público en Internet. En el ámbito online, esto se manifiesta en los llamados “términos de uso” que son contratos unilaterales que establecen las condiciones de acceso a las obras. A través de dichos contratos el tenedor de los derechos bien puede decidir no admitir usos ni siquiera con finalidades educativas o por motivos de cita. El tenedor de los derechos puede ignorar los límites a derechos exclusivos si así lo ve conveniente.
- A medida que los contenidos sean únicamente accesibles a través de medios digitales, y esta es una tendencia que va en aumento, el control del acceso irá en aumento, con el consecuente desplazamiento de los límites al derecho de autor y las consecuencias negativas que esto traería sobre el interés general y los derechos fundamentales.

- Todo lo analizado hasta ahora nos lleva a la conclusión de que es necesario modificar la forma en que se interpreta y aplica la regla de los tres pasos, pues su concepción actual dificulta incluso propuestas para modificar los límites existentes en la legislación y hacerlos más flexibles. Propuestas como la nuestra de *lege ferenda* ven reducido su impacto de manera drástica.
- También concluimos que es necesaria una modificación de la regulación de las medidas tecnológicas de protección, aunque tomando en cuenta todo lo que hemos analizado quizás lo más positivo sería deshacerse de toda la regulación en ese sentido, posición apoyada por un sector de la doctrina.
- Todo esto nos lleva a otra conclusión, el sistema del derecho de autor necesita de reformas de fondo para que refleje adecuadamente las finalidades que motivan su existencia. Es cierto que se busca proteger al autor y su obra y esto es un fin en sí mismo, pero al mismo tiempo también se busca incentivar la creación y la difusión del conocimiento en beneficio de toda la sociedad en su conjunto, y esto incluye la protección de ciertas libertades fundamentales. Dicha protección solamente es posible encontrando medios para garantizar el acceso a los contenidos creados por terceros.
- Si bien la situación puede mejorar dramáticamente si se reforma lo referente a la regla de los tres pasos y a la regulación de las medidas tecnológicas de protección, esta es una tarea muy difícil y que tomará mucho tiempo pues implica la enmienda de Tratados Internacionales. Como tal, no es una solución viable a corto plazo.
- Lo anterior hace que sea necesario buscar alternativas distintas a la modificación de la regulación de los límites al derecho de autor pues mientras el sistema legislativo actual sea el que es, propuestas como la nuestra de *lege ferenda* tendrán un impacto positivo sumamente limitado, casi imperceptible.



- En busca de una solución alternativa, hemos analizado propuestas que abogan por la reinterpretación de la regla de los tres pasos, pero en nuestra opinión esto requiere de la modificación de los Tratados Internacionales por lo que no sería viable salvo que se piense en el largo plazo. Otro problema de estas propuestas es que no se logra salvar el error de la inseguridad jurídica en cuanto a la interpretación de la regla. Ninguna de las propuestas consultadas define satisfactoriamente a los tres pasos de la regla, solo ofrecen formas de interpretarla de manera no cumulativa, que debemos admitir, ya sería un avance.
- Otras propuestas pasan por expandir el uso de la doctrina del *fair use* a nivel internacional. Después de analizar la historia e interpretación de dicha excepción en el derecho norteamericano tenemos serias dudas de que en realidad pueda ser una solución. Estados Unidos ha aplicado el *fair use* durante siglos ya, y aún así no se puede decir que exista una interpretación consistente y definitiva. La interpretación de sus cuatro factores es sumamente complicada y además un análisis de la jurisprudencia evidencia que el *fair use* adolece de los mismos problemas que la regla de los tres pasos: los criterios que tienen más peso en su interpretación son de carácter económico, y cualquier otra consideración tiene un papel secundario.
- Además, un problema con la concepción misma del *fair use* nos hace pensar que más que una solución, es simplemente parte del problema. Se le suele llamar doctrina, pero también defensa del *fair use*. Esto es porque desde el punto de vista del *fair use* todo uso está prohibido y cualquier uso no autorizado de una obra es una infracción al derecho de autor, salvo que se pruebe lo contrario, es decir, salvo que se pueda probar que el uso cumple con los cuatro factores de la doctrina, que como ya dijimos, principalmente toman en cuenta cuestiones de índole económica. Por ello no

consideramos que la expansión del *fair use* sea algo deseable, mucho menos una solución a los problemas que describimos en esta tesis.

- Analizamos también a las licencias *Creative Commons* y otros esquemas similares como alternativa, pero las hemos descartado puesto que son más un parche que una solución definitiva. Además, comparten la misma concepción, a nuestro juicio errónea, que el *fair use*, todo lo que no se ha permitido por licencia, está por defecto, prohibido. Así, las licencias, como sucede con los contratos unilaterales para la puesta a disposición de obras online, pueden eliminar los usos amparados por un límite a derechos exclusivos previsto en la Ley cuando quien publica su obra bajo un esquema *Creative Commons* así lo disponga.
- La búsqueda de soluciones nos llevó a analizar propuestas para fortalecer el dominio público, esto es, tomar medidas para que sean menos las obras, y por menos tiempo, las que gocen de la protección de la Ley. Las propuestas se dividen en dos grandes grupos, las que pretenden reducir el plazo de la protección, y las que pretenden reducir las obras sujetas a protección del derecho de autor mediante la exigencia de formalidades, registros, o una renovación de la protección.
- Varias de estas propuestas son convincentes y sus autores las han presentado aportando datos económicos para apoyarlas. Sin embargo, damos con el mismo problema que antes, implementar dichas propuestas requieren cambios a la legislación del derecho de autor al nivel de los Tratados Internacionales. Por ejemplo, el art. 5(2) del Convenio de Berna prohíbe que el goce y ejercicio de los derechos de autor esté sujeto a formalidades. De la misma manera, reducir los plazos de protección implicaría modificar los Tratados Internacionales que exigen un plazo mínimo de duración de los derechos a sus miembros.

- Por ello, hemos ido en busca de una solución que no busca modificar la legislación del derecho de autor en lo absoluto. Por el contrario, lo que se busca es la adopción de nueva legislación que sirva de contrapunto al derecho de autor. Dicha legislación sería una legislación regulatoria del dominio público y permitiría proteger el uso y acceso libres de las obras que estén dentro de su ámbito, es decir, las obras que no están protegidas por el derecho de autor. Como el dominio público se protegería activamente, las obras protegidas dentro de su ámbito lo estarían frente a expansiones desmedidas del plazo o ámbito de protección del derecho de autor o frente a apropiaciones indebidas para intentar hacer usos exclusivos de contenidos o elementos que estén en el dominio público.
- Frente a la definición negativa del dominio público existente en la actualidad, en donde el mismo se define como lo que no es el derecho de autor, ofrecemos una definición positiva, estableciendo qué es el dominio público, qué se protege como parte de este y a quién se protege a través de su legislación. Dicha definición es la siguiente:

*Dominio público es el espacio de interés público compuesto por ideas, información, obras y materiales que circulan libremente y a los que cualquiera puede acceder o utilizar; no pudiéndose oponer derecho de exclusividad individual alguno en cuanto a su utilización.*

- La definición anterior nos permite identificar el objeto del dominio público y que está compuesto por los siguientes elementos: 1) la información y las ideas, salvo que hayan sido expresadas de manera particular. Dicha expresión particular, al ser una obra, estará fuera del ámbito del dominio público por un tiempo limitado; 2) las obras originales que pasan a formar parte del dominio público cuando expira la protección del derecho de autor o cuando su creador decide renunciar a sus derechos exclusivos sobre la obra; y 3) los materiales, que son todos aquellos elementos que la legislación impide que tengan la

consideración de obras como la información pública gubernamental por ejemplo, o cuando no reúnen el requisito de originalidad establecido por el derecho de autor y no son elementos protegibles.

- Identificar al objeto del dominio público permite distinguirlo claramente del objeto del derecho de autor incluso cuando ambos objetos se combinan en obras derivadas. Así se facilita la tarea del Estado de preservar y procurar el acceso y explotación de lo que es considerado de libre utilización.
- La definición nos permite identificar también a los sujetos del dominio público que pueden ser activos o pasivos. Los sujetos activos son los ciudadanos en general que tienen derecho a acceder libremente a lo que está en el dominio público; el autor que conserva derechos morales de atribución e integridad respecto de sus obras, aún si las mismas están ya en el dominio público; y el Estado, que como sujeto activo puede obligar a terceros el respeto del interés general que busca proteger y fomentar. Los sujetos pasivos son aquellos que reclaman derechos exclusivos sobre obras que están en el dominio público y el mismo Estado que debe de tener la obligación de procurar la libre circulación de los elementos considerados como de libre acceso y utilización.
- Finalmente, podemos definir el contenido del derecho del dominio público y que pertenece a todos aquellos legitimados para utilizar obras que están dentro de su ámbito:  
1) derecho de acceso libre a obras, ideas, información y materiales en el dominio público, y 2) derecho a la utilización libre de obras, ideas, información y materiales en el dominio público que también implica explotar dichos elementos de manera no exclusiva pero sin que nadie pueda oponerse a ello.

- Lo que acabamos de proponer es tan solo un primer paso que permite identificar los aspectos esenciales de una posible legislación encaminada a proteger al dominio público y sin duda requiere de más estudio.
- Los Tratados Internacionales dificultan en exceso encontrar alternativas efectivas para contrarrestar la expansión desmedida del ámbito y plazos de protección a los derechos exclusivos establecidos en la regulación del derecho de autor vigente. Frente a dicha expansión, una alternativa válida puede ser oponer derechos derivados del dominio público entendido en positivo, como contrapunto a los derechos contenidos en la legislación del derecho de autor que tienden a sobreproteger a los tenedores de los derechos exclusivos. Como la legislación del dominio público regula elementos que están fuera del derecho de autor, la modificación de Tratados Internacionales o leyes de Derecho de autor o Propiedad Intelectual no sería necesaria.
- Una protección legal que permita la existencia de un dominio público sano y bien protegido contra embistes expansivos de los derechos exclusivos podrá ayudar además a suplir las carencias de un sistema de límites al derecho de autor demasiado restrictivo y que ve cómo iniciativas para mejorar su regulación tienen un limitado impacto debido a las cargas impuestas por los Tratados Internacionales.
- Como lo que se regula dentro del dominio público es por definición, lo que está fuera del ámbito del derecho de autor, los Tratados Internacionales no deben de ser un impedimento para establecer medidas legislativas que permitan la protección del dominio público y el interés general que con él se persigue.
- Un Derecho del Dominio Público, cuya finalidad es proteger al interés general y a las libertades fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información, a la cultura y a la educación procurando que tengan un espacio pleno para su desarrollo dentro

de su ámbito, puede ser una extraordinaria herramienta para contrarrestar el daño que resulta de una legislación del derecho de autor que parece estar motivada por la simple protección de derechos económicos y que sin duda se ha apartado de sus finalidades y ha dejado de lado al interés general.

***Adendum. Las nuevas reformas a la Ley de Propiedad Intelectual española que entrará en vigor en enero de 2015.***

Unos días después de terminar de escribir este trabajo, finalmente fueron aprobados por el Congreso cambios a la Ley de Propiedad Intelectual vigente en España, faltando aún su publicación en el Boletín Oficial del Estado (al momento de escribir estas líneas).

La reforma ya de por sí es controversial y desde antes de aprobarse, la opinión pública se ha centrado en la llamada “tasa Google” y en el endurecimiento de las disposiciones que van dirigidas a las webs de enlaces. Sin afán de entrar en opiniones políticas, o desviarnos del tema de esta tesis, solo apuntamos a que, por lo que se lee en la prensa, se considera que la reforma es una “oportunidad perdida” y es rechazada por la mayoría de los grupos interesados (Koch, 2014).

No parece haber dejado a nadie contento. Incluso para quienes han abogado en los últimos años por el endurecimiento de la ley para luchar contra la llamada “piratería” digital, la ley “nace muerta” pues los cambios en ese sentido son insuficientes (Moreno, 2014).

Aunque por supuesto sabíamos de la existencia del proyecto de reforma a la ley, cuando escribíamos la versión final de este trabajo no había manera de saber con certeza qué reformas permanecerían en la versión final, cuáles y cómo afectarían al tema central de esta tesis.

La Ley que entrará en vigor en enero de 2015 contiene reformas que afectan a nuestro estudio, pues se han dado modificaciones importantes en los artículos 32 y 161 LPI, entre otros, y que no pueden dejarnos del todo satisfechos a pesar de contar con algunos aspectos positivos. Es de resaltar que el apartado 3 del artículo 32 LPI (que contiene una nueva redacción del límite de ilustración de la enseñanza) no entrará en vigor sino hasta enero de 2016, es decir un año después de entrada en vigor de la nueva ley, y no está claro por qué esto es así.

El art. 32.1 sigue siendo el que regula al límite de cita que en nuestra opinión poco afectan a la situación ya existente antes de esta reforma legislativa que ya de por sí no era positiva. Uno de

ellos es que ahora parece diferenciarse más claramente entre la cita “en sentido estricto” y lo que la LPI entiende como reseña, que es la cita hecha con fines de análisis, comentario o juicio crítico. Sin embargo, como la muy restrictiva condición finalista de que la utilización tiene que ser con fines docentes o de investigación se mantiene, los problemas que la regulación de la cita suponen para la libertad de expresión siguen presentes aunados a otras disposiciones respecto de los enlaces a páginas web, que complican la situación de la cita online.

El 32.2 LPI ahora contiene un límite que permite la puesta a disposición pública de “fragmentos de contenidos” a través de los llamados agregadores de Internet, siempre que exista una finalidad “informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento.” Esta actividad está sujeta a compensación equitativa aunque la disposición no afecta a los motores de búsqueda que pueden realizar las puestas a disposición que sean necesarias para realizar su actividad sin que sea necesario el pago de cantidad alguna.

El nuevo apartado 3 del artículo 32 es el que ahora regula el límite de ilustración de la enseñanza, al que ahora podremos llamar límite de ilustración de la enseñanza y la investigación científica (lo cual ya es una mejora). La nueva redacción contiene algunos cambios positivos, como por ejemplo, y era uno de nuestros reclamos, ya no se excluye por completo la posibilidad de utilizar partes de libros de texto o manuales universitarios en actividades educativas y por lo menos en ciertos casos, toma en cuenta al alumno como beneficiario del límite.

Otros aspectos del nuevo 32.3 LPI no son tan positivos. En nuestro capítulo 4, al analizar los límites de cita e ilustración decíamos que la ley haría bien en aprovechar los silencios en su redacción como un instrumento de flexibilidad y poníamos como ejemplo la forma en que ambos límites aparecen en art. 10 del Convenio de Berna.

El legislador ha mejorado un poco la situación, es cierto, pero haciendo lo contrario y ahora estamos ante un artículo largo, lleno de supuestos y que será mucho más complicado de entender



para profesores, alumnos e investigadores. Mucho nos tememos que generará más incertidumbre en el ámbito educativo.

Parece que el legislador español se ha contagiado de alguna manera de los vicios presentes en la Constitución mexicana, que es criticada por la doctrina de este país por ser un texto plagado de verborrea y disposiciones complicadas cuyos ciudadanos desconocen (Carbonell, 2012). Esto es algo que pasará con la LPI con artículos como el nuevo 32.3 LPI. Una ley más extensa no es necesariamente mejor legislación.

El art. 161 LPI también presenta un cambio relevante, si bien su impacto, desafortunadamente, también será mínimo. Se ha modificado la letra c) del apartado 1 de dicho artículo y ahora se incluye al límite de cita, que era una omisión que ya habíamos resaltado. La nueva letra c) ahora habla de un *“límite relativo a la cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica en los términos previstos en el artículo 32.2, 3 y 4”*

La modificación, aunque buena y necesaria, tiene poco impacto sobre la regulación de las medidas tecnológicas de protección y los problemas que esto supone a todo el sistema de límites al derecho de autor.

Además, que no se mencione a la cita contenida en el art. 32.1, ¿se puede interpretar como que la LPI no considera que este tipo de citas puedan realizarse en formatos digitales y por lo tanto no le afectan las disposiciones respecto de las medidas tecnológicas de protección? De ser así, se estaría confirmando el carácter sumamente restrictivo de dicho límite. Si no es así, entonces cierto tipo de citas no están protegidos contra las deficiencias técnicas de las medidas de protección que no le permiten distinguir usos legítimos de los que no lo son.

No ha habido cambios en el art. 161.5 LPI al que nos referíamos en nuestro capítulo 5 (apartado 5.6.4) que dispone que las excepciones a las medidas tecnológicas de protección en favor de los límites al derecho de autor no son de aplicación a obras o prestaciones puestas a disposición

del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona que pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

Lo que es más, el nuevo art. 32.3 excluye específicamente del beneficio del límite a cualquier puesta a disposición del público de libros de texto, manuales universitarios u obra similares por lo que lo que dispone el 16.15 LPI respecto de las puestas a disposiciones de dichas obras sigue aplicándose de la misma manera, y por lo tanto el problema subsiste.

Como ya hemos dicho con anterioridad, el 16.15 LPI deja en manos de los tenedores de derechos el establecer las condiciones de acceso y uso a sus obras y si en dichas condiciones tienen cabida usos que se ajusten con los límites al derecho de autor.

También como ya se ha expuesto, en la actualidad una de las maneras más comunes (cada vez, en nuestra opinión la más usual) de acceder a cualquier tipo de contenido es a través de su puesta a disposición online. Tenemos sitios que permiten acceder a películas o música a la carta a través del pago de una suscripción. Existen ya servicios de acceso a libros digitalizados de la misma forma, de alquiler de libros de texto online, entre otras. La misma legislación ya se mueve en ese sentido y se prevén límites que permitan la digitalización de obras huérfanas (art. 37 *bis* de la LPI de 2015).

Toda esta situación da como resultado un auténtico derecho al control total de las obras en formato digital que está en manos del tenedor de los derechos. Como los usuarios están obligados a firmar términos de uso, que son contratos unilaterales de “*todo o nada*” para poder acceder a las obras digitalizadas puestas a disposición, si dichos contratos no dejan espacio a los límites, al beneficiario de un uso libre no le quedan opciones. Saltarse la protección como sabemos, tiene consecuencias legales para quien lo hace. Los tenedores de los derechos, aún con la reforma de la ley, siguen siendo los custodios *de facto* de los límites a sus propios derechos, con el correspondiente

conflicto de intereses que esto pueden suponer. En este sentido parece que una ley que entrará en vigor en 2015 y 2016 está obsoleta desde 2014.

Por ello decimos que las modificaciones hechas a la ley, tanto respecto de los límites específicos como de las medidas tecnológicas de protección aunque parezcan tener un lado positivo, son absolutamente insuficientes. Tienen un impacto mínimo sobre el *status quo* actual y los problemas con la regulación de los límites al derecho de autor.

Además, tanto a nivel nacional como internacional, las disposiciones e interpretación respecto de la regla de los tres pasos (el art. 40 *bis* LPI no se ha tocado, a nivel internacional la última interpretación es la que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Infopaq*<sup>39</sup>, que también es restrictiva) no han cambiado. Esto hace que cualquier medida que pretenda hacer más flexible a los límites previstos en la legislación del derecho de autor sirvan para poco.

El problema, y por lo tanto la solución, no está en modificar solamente uno o dos artículos. si bien es cierto que cambios positivos a la legislación siempre deben de ser bienvenidos. Al comenzar este trabajo de investigación pensábamos que las reformas a determinados artículos de la ley para conseguir más flexibilidad en los límites sería suficiente pero nuestro estudio nos hizo darnos cuenta que no era así. Y ello aplica a la nueva modificación de la LPI.

Esperemos que una modificación a la ley que desde antes de entrar en vigor ya produce rechazo no nos deje en una posición peor. El sistema al completo sigue igual de mal y se necesitan de soluciones alternativas como las que hemos presentado en nuestro capítulo 6.

Seguimos sosteniendo que se requiere una modificación de lo dispuesto respecto de las medidas tecnológicas de protección (lo decimos en pocas palabras, habría que suprimir esas disposiciones) y habría que reformar o prescindir de la regla de los tres pasos, por lo menos como se interpreta actualmente.

---

<sup>39</sup> Ver apartado 5.2.3 del capítulo 5.

Como modificar los Tratados Internacionales es sumamente difícil y suele tomar mucho tiempo, otras soluciones alternativas son preferibles. Hemos propuesto ya que una opción es adoptar una legislación de protección al dominio público que sirva de contrapunto a la legislación existente en el plano internacional y doméstico.

Un dominio público bien definido y protegido permitirá proteger ciertas utilidades libres de las obras ante la tendencia expansiva y restrictiva de la legislación actual y también para ayudar a suplir las carencias del sistema de límites al derecho de autor que existe en la actualidad y que parece seguirá en España después de la reforma de 2015.

Una legislación del dominio público, que tiene la ventaja de no requerir modificar tratados o leyes del derecho de autor, puede tener importantes efectos positivos para la libertad de expresión el acceso a la cultura y el derecho a la educación.

## Bibliografía

### Doctrina

Álvarez de Benito, P. (2003). *Obligaciones del autor en el contrato de edición*. Madrid: Reus.

Álvarez Romero, C. (1979). La Constitución española y el derecho de la propiedad intelectual. *Boletín de ANABAD*(I), 72.

Anderson, N. (23 de Febrero de 2011). *Piracy once again fails to get in way of record box office*. Recuperado el 9 de marzo de 2013, de ars technica: <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/02/piracy-once-again-fails-to-get-in-way-of-record-box-office/>

Antequera Parilli, R. (2007). *Jurisprudencia internacional sobre el derecho de autor y derechos conexos. Derecho de cita. Obras Audiovisuales*. Recuperado el 11 de julio de 2014, de Derecho de Autor Regional: CERLALC: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/>

Antequera Parilli, R. (2010). El Derecho de autor en el ámbito Universitario (Comentarios de Jurisprudencia. *Revista Propiedad Intelectual Mérida-Venezuela*, IX(13).

Armstrong, T. K. (2006). Digital Rights Management and the Process of Fair Use. *Harvard Law Journal of Law & Technology*, 20(1).

Ayllón Santiago, H. (2011). *El derecho de comunicación pública directa*. Madrid: Reus.

Baño León, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista española de Derecho Constitucional*, 8(24), 160-161.

Beckerman-Rodau, A. (2010). The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion. *Yale Journal of Law & Technology*, 13(35), 64.

Bell, T. W. (2002). Indelicate Imbalancing in Copyright and Patent Law. En A. Thierer, & J. C. Crews, *Copyrights: the future of Intellectual Property in the Information Age* (pág. 5). Estados Unidos: Cato Institute.

Benabou, V.-L., & Dusollier, S. (2009). Draw me a Public Domain. En P. Torremans (Coord.), *Copyright Law: A handbook of Contemporary Research*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing.

Benkler, Y. (1999). Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. *New York University Law Review*(74), 354.

Bensen, E. E. (1996). The Visual Artists' Rights Act of 1990: why moral rights cannot be protected under the United States Constitution. *Hofstra Law Review*, 24, 1127.

Bentham, J. (1823). *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Londres: E. Wilson Royal Exchange.

- Bentley, L., Suthersanen, U., & Torremans, P. (2010). *Global Copyright: Three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Holanda: Edward Elgar Publishing.
- Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), R. (2012). *Manual de propiedad intelectual* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1999). Límites al derecho de autor. En A. Delgado Porras, A. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. J. Marín López, C. Streul, J. Gutiérrez Vicén, R. Sánchez Aristi, & A. Esteve Pardo, *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2006). Límites al derecho de autor. En D. Rivera, & I. Zuloaga (Coords.), *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama editorial.
- Bernaski, K. r. (2014). Saving Mickey Mouse: The Upcoming fight FOR copyright term extension in 2018. *Law School Student Scholarship paper* 349.
- Berry, D. (15 de Julio de 2005). *On the "Creative Commons": a critique of the commons without commonality*. Recuperado el 22 de Junio de 2014, de Free Software Magazine: [http://www.freesoftwaremagazine.com/articles/commons\\_without\\_commonality/](http://www.freesoftwaremagazine.com/articles/commons_without_commonality/)
- Bertrand, R. (1945). *The History of Western Philosophy*. Inglaterra: Simon & Schuster.
- Besek, J. M. (2004). Anti-circumvention Laws and Copyright: A reform from the Kernochan Center of Law, Media and Arts. *Columbia Journal of Law & Arts*(27), 385.
- Birnhack, M. D. (2003). Copyright law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft. *Southern California Law Review*, 76, 1275.
- Bitton, M. (2011). Modernizing Copyright Law. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 20, 65.
- Bleda Navarro, G. M. (2010). Análisis del derecho de participación y su evolución normativa. En J. Ortega Doménech (Coord.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*. Madrid: Reus.
- Bohannon, C. (2005). Construing the Copyright Act after Eldred. *University of Iowa Legal Studies Research paper Number 05-07*, 3.
- Bondía Román, F. (1988). *La Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información (la nueva ley de 11 de noviembre de 1987)*. Madrid: Trivium.
- Bondía Román, F. (1997). Comentario al art. 32. En J. M. Rodríguez Tapia, & B. R. Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido, R.D. leg. 1/1996, de 12 de abril)*. Madrid: Civitas.
- Bondía Román, F. (2005). Los derechos sobre las fotografías y sus límites. *Anuario de Derecho Civil*, LIX(III), 30.

- Boyle, J. (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.
- Bracha, O. (2008). The Ideology of Authorship revisited: Authors, markets and liberal values in early American Copyright. *Yale Law Journal*, 118, 186.
- Brennan, D. J. (2002). The Three-step Test frenzy: Why the TRIPs panel decision might be considered Per Incuriam. *Intellectual Property Quarterly*(2).
- Bridy, A. (19 de abril de 2012). Copyright policymaking as procedural democratic process: a discourse-theoretic persepective on ACTA, SOPA and PIPA. *Cardozo arts & entertainment law journal*, 30.
- Brown, I. (2006). The Evolution of Anti-circumvention Law. *International Review of Law, Computers & Technology*(20), 239.
- Buccafusco, C., & Herald, P. J. (2013). Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain? Empirical Tests of Copyright Term Extension. *Berkeley Journal of Law & Technology*, 27, Parte II.B.
- Burgess, R. (23 de marzo de 2012). *Online movie streaming will overtake DVD sales this year in U.S.* Recuperado el 9 de marzo de 2013, de Techspot: <http://www.techspot.com/news/47927-online-movie-streaming-will-overtake-dvd-sales-this-year-in-us.html>
- Burk, D. L. (2014). Inventing around Copyright. *109 Northwestern University Law Review Online*. Recuperado el 7 de Septiembre de 2014, de Northwestern University Law Review Online.
- Caballero Leal, J. L. (2004). *Derecho de autor para autores*. México: Libreria.
- Cámara Águila, M. d. (1998). *El derechio moral del autor*. Madrid: Comares.
- Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).
- Canaval Palacios, J. P. (2008). *Manual de Propiedad Intelectual*. Universidad del Rosario.
- Carbonell, M. (1 de Febrero de 2012). *Verborrea e incultura constitucional*. Recuperado el 4 de Noviembre de 2014, de nexos.com.mx: <http://www.nexos.com.mx/?p=14673>
- Carter, E. L. (2009). Harmonization of copyright Law in response to technological change: lessons from Europe about Fair Use and Free Expression. *University of La Verne Law Review*, 30(2), 312.
- Casas, R. (2004). *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya.
- Castán Pérez-Gómez, A. (2006). Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet. En C. Rogel Vidé (Coord.), *Colección de Propiedad Intelectual. Los límites del Derecho de Autor*. Madrid: Reus.
- Castán Pérez-Gómez, A. (2010). *El plagio y otros estudios de derechos de autor*. Madrid: Reus.



- Castilla Barea, M. (2010). Notas sobre los derechos del compositor de la letra y la música flamencas: sus derechos morales y patrimoniales y la tensión entre ellos. Ejercicio de los derechos después de la muerte del autor. En M. Castilla Barea (Coord.), *El flamenco y los derechos de autor*. Madrid: REus.
- Cetina Presuel, R., & Corredoira y Alfonso, L. (2011). Video on Demand para la Educación e Investigación: Excepciones al derecho de autor. *Revista ZER*, 16(30), 153-159.
- Chirvase, T. (2013). *The Balance between Copyright and Freedom of Expression in the Knowledge Society (Tesis doctoral)*. Tilburg: Universidad de Tilburg.
- Chon, M. (2007). Intellectual Property "from below": Copyright and Capability for Education. *UC Davis Law Review*, 40, 803.
- Christie, A. (2011). Maximising permissible exceptions to intellectual property rights. En A. Kur, & V. Mizaras (Coords.), *The structure of Intellectual Property Law: Can one size fit all?* (pág. 5). Australia: Edward Elgar Publishing.
- Cieply, M. (8 de Enero de 2013). *Streaming lifts home entertainment spending*. Recuperado el 9 de marzo de 2013, de The New York Times: <http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2013/01/08/streaming-lifts-home-entertainment-spending/>
- Coates, J. M. (2007). Creative Commons: The Next Generation. Creative Commons license use five years on. *SCRIPTed*, 4(1), 72-94.
- Collins, K. (29 de Enero de 2014). *US government forces coursera to block course access in Iran, Cuba, Sudan*. Recuperado el 30 de Enero de 2014, de Wired.co.uk: <http://www.wired.co.uk/news/archive/2014-01/29/coursera-restricted-by-us-government>
- Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. Madrid: CSIC.
- Conesa, F. (1991). Voz Propiedad Intelectual. En *Enciclopedia GER* (pág. 58). Madrid: Editorial Rialp.
- Correa, C. M. (1994). TRIPs Agreement: Copyright and related rights. *International Review of Industrial Property and Copyright Law*(25), 543.
- Corredoira y Alfonso, L. (2012). *La protección del talento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corredoira y Alfonso, L., & López Yepes, A. (2007). Nota técnica para la elaboración de un Código de Uso de las webs universitarias de video o canales on demand. *Segundo Congreso Internacional de blogs y periodismo en la red*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Corredoira, L. (29 de Noviembre de 2013). *Periodistas en el cine, Canal Académico de e-Televisión*. Recuperado el 11 de Julio de 2014, de e-Media, Estudios y Aplicaciones, S.L.: [http://e-television.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16&Itemid=83](http://e-television.es/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=83)



- Couto Gálvez, R. M. (enero-abril 2009). Protección europea y española de los derechos de autor en la Sociedad de la Información. *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*(76).
- Cross, J. T. (2007). Reconciling the "Moral Rights" of authors with the First Amendment Right of Free Speech. *Akron Intellectual Property journal*, 1, 185.
- Daly, H. E. (2007). *Ecological Economics and Sustainable Development*. Edward Elgar Publishing.
- Damich, E. J. (1988). The right of personality: a Common Law basis for protection of the moral rights of authors. *Geogia Law Review*, 23, 1.
- Dánvila y Collado, M. (1882). *La Propiedad intelectual*. Madrid: Imprenta de la correspondencia de España.
- De Pablo Contreras, P. (2004). Derechos Reales. En P. de Pablo Contreras, C. Martínez de Aguirre Aldaz, & M. Á. Pérez Álvarez, *Curso de Derecho Civil* (pág. 240). Madrid: Colex.
- de Román Pérez, R. (2003). *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*. Madrid: Editorial Reus.
- Decherney, P. (2011). Auterism on trial: moral rights and films on television. *Wisconsin Law Review*, 2011, 280.
- Decherney, P. (2012). *Hollywood's Copyright Wars: From Edison to the Internet*. Nueva York: Columbia University Press.
- Declaración concertada respecto del artículo 10 relativa al Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor. (1996). *Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*.
- Desantes Guanter, J. M. (1992). *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*. Piura: Universidad de Piura.
- Desantes Guanter, J. M. (1994). *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Madrid: Colex.
- Desantes Guanter, J. M. (1998). Los derechos de autor en los medios ciberespaciales. *Investigación bibliotecológica*, 12(25), 20.
- Díaz, Á. (2008). *América Latina y el Caribe: La Propiedad Intelectual después de los Tratados de Libre Comercio*. Chile: Publicación de las Naciones Unidas.
- Díez, Á. (02 de 26 de 2013). *¿El mal usado término del productor?* Recuperado el 2014 de Enero de 2014, de Clubbingspain.com: <http://www.clubbingspain.com/especiales/2013/02/el-mal-usado-termino-del-productor.html>
- Dusollier, S. (2006). The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright. *Columbia Journal of Law & Arts*, 29, 271-293.

- Dusollier, S. (2011). (Re) introducing formalities in Copyright as a strategy for the public domain. En L. Guibault, & C. Angelopoulos (Coords.), *Open content licensing: From theory to practice*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Dusollier, S. (2011). *Scoping Study on Copyright and related rights and the Public Domain*. Ginebra: Estudio del CDIP de la OMPI.
- Easterbrook, F. (1990). Intellectual Property is still property. *Harvard Journal of Law and Policy*, 13, 118.
- Elkin-Koren, N. (2006). Exploring Creative Commons: A skeptical view of a worthy pursuit. En P. Hugenholtz, & L. Guibault (Coords.), *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- Erdozaín López, J. C. (1997). *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*. Navarra: Aranzadi.
- Erdozaín, J. C., Gonzáles, A., Martín, J. J., & Sol, M. (2005). El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda: Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*(1).
- Estrada Cuzcano, M. A. (1998). *Principios constitucionales del derecho de información (Tesis doctoral)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos Perú.
- Europeas, C. d. (2005). *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*. Bruselas: Unión Europea.
- Fellicé, A. M. (2004). Reflexión sobre el lado oscuro de la propiedad intelectual: Amenazas al acceso a la información. *Acceso: Revista Puertorriqueña de Bibliotecología y Documentación*, 6, 79-89.
- Feltrero Oreja, R. (2003). Propiedad intelectual y conocimiento público: derechos del investigador y del ciudadano sobre el copyright. *Isegoria: revista de filosofía, moral y política*(28), 146.
- Fernández Beltrán, F. (2011). *El copyright en cuestión: Diálogos sobre la propiedad intelectual*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Fernández Molina, J. C. (2002). La protección tecnológica de las obras intelectuales y las excepciones al derecho de autor. *Revista Científica Ciencias de la Información*, 33(3), 12.
- Fernández Molina, J. C. (2010). Preservación digital y derechos de autor: ¿Un conflicto sin solución? *V Congreso nacional de biblioteca públicas*, (pág. 3). Gijón.
- Fernández Molina, J. C., & Chaves Guimaraes, J. A. (2007). Las nuevas leyes de derecho de autor: ¿adecuadas para la preservación digital? *Information Research*, 12(4).
- Fernández-Molina, J. C. (2005). El futuro de los límites a los derechos de autor que benefician y apoyan la investigación. *Encontro nacional de pesquisa em ciência da informação*. ENACIB.

- Ficsor, M. (2002). How much of What? The Three-step Test and its Application in Two recent WTO dispute settlement cases. *Revue Internationale du Droit D'Auteur RIDA*(192), 111-251.
- First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases.* (12 de Diciembre de 2005). Recuperado el 28 de Octubre de 2013, de Comisión de las Comunidades Europeas: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf)
- Fisher, W. W. (2001). Theories of Intellectual Property. En S. Munzer, *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (pág. 173). Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Fisher, W. W., & McGeeveran, W. (2006). The Digital Learning Challenge: Obstacles to Educational Uses of Copyrighted Material in the Digital Age. A Foundationa White paper. *The Berkman Center for Internet & Society, Research Publication No. 2006-09.*
- Fitzgerald, B. (2007). *Open Content Licensing (OCL) for Open Educational Resources. Paper Commisioned by the OECD's Centre for Educational Reserach and Innovation for the project on Open Educational Resources.* OECD.
- Fitzgerald, M. (21 de Diciembre de 2005). *Copyleft hits a Snag.* Recuperado el 21 de Junio de 2014, de MIT Technology Review: <http://www.technologyreview.com/news/405089/copyleft-hits-a-snag/>
- García Sans, R. M. (2005). *El derecho de autor en Internet.* Madrid: 2005.
- Garrote, F.-D. I. (2003). *El Derecho de autor en Internet, los Tratados de la OMPI de 1996, y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE.* Granada: Comares.
- Gasser, U., & Silke, E. (2006). EUCD Best Practice Guide: Implementing the EU Copyright Directive in the Digital Age. *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-01.*
- Geiger, C. (2004). Fundamental Rights, a safeguard for the coherence of Intellectual Property Law? *International Review of Intellectual Property and Competence Law*, 35, 268.
- Geiger, C. (2008). Flexibilizing Copyright: Remedies to the Privatization of Information by Copyright Law. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*(178).
- Geiger, C. (2010). Promoting creativity through copyright limitations: reflections on the concept of exclusivity in Copyright Law. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 12(3), 515.
- Geiger, C. (Enero-Marzo, 2007). The role of the Three-step Test in the adaptation of Copyright Law to the Information Society. *e-Copyright Bulletin.*
- Geiger, C., Griffiths, J., & M., H. R. (2008). Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law. *IIC - International review of intelletual property and competition law*, 39(6), 707-712.

- Gervais, D. J. (2005). Towards a new core international Copyright norm: The reverse Three-step Test. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 9(1), 1-35.
- Gervais, D. J. (2008). Making Copyright whole: A Principled approach to Copyright Exceptions and Limitations. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 5(1&2).
- Ghidini, G. (2013). Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive on Information Society (InfoSoc) . *Rivista di Diritto Industriale (pendiente de publicación)*.
- Giblin, R., & Ginsburg, J. C. (2014). We need to talk about Aereo: Copyright-avoiding business models, cloud storage and principled reading of the "transmision" clause. *Columbia Law and Economics Working paper No. 480*.
- Gifford, C. N. (2000). The Sonny Bono Copyright term extension Act. *University of Memphis Law Review*, 30, 363.
- Ginsburg, J. C. (2001). Towards a supranational Copyright Law? the WTO panel decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions. *Revue Internationale du Droit d' Auteur*.
- Ginsburg, J. C. (10 de enero de 2003). The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law. *Columbia Law School Public Law Research Paper N° 03-51*, 7.
- Ginsburg, J. C. (2011). Copyright, Common Law and Sui Generis protection of databases in the United States and abroad. *Ohio St. Law Journal*(62), 869.
- Ginsburg, J. C. (2012). Have digital rights come of (digital) age in the United States? *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 19, 9.
- Ginsburg, J. C. (2012). Moral Rights in the US: still in need of a guardian Ad Litem. *Columbia Public Law research paper No. 12-193*, 10.
- Goite Pierre, M. (2011). La propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico penal cubano. La cultura popular como bien jurídico protegido. En L. Pérez, & M. Villarejo (Coords.), *Cultura popular y propiedad intelectual* (pág. 239). Madrid: Reus.
- Goldstein, P. (2014). *Goldstein on Copyright* (Tercera ed.). Nueva York: Aspen.
- Golvan, C. (2007). *Copyright Law and Practice*. Australia: The Federation Press.
- Gorman, R. A., & Ginsburg, J. C. (2006). *Copyright: cases and materials* (Séptima ed.). Estados Unidos: Foundation Press.
- Grasser, U., & Girsberger, M. (2004). Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological MEasures in EU-Member States: A Genie Stuck in a Bottle? *The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, Berkman Publication Series No. 2004-10*.

- Greenberg, B. A. (2012). More than just a formality: Instant authorship and Copyright's opt-out future in the digital age. *UCLA Law Review*, 59, 1028.
- Griffiths, J. (2009). The Three-step Test in European Copyright Law - Problems and solutions. *Queen Mary University of London School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009*.
- Griffiths, J. (2010). Unsticking the centre piece: the liberation of European copyright law? *JIPITEC*(1), 87.
- Griffiths, J. (2011). Infopaq, BSA and the "Europenaisation" of United Kingdom Copyright Law. *Media & Arts Law Review*, 16.
- Guibault, L. (2003). *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. UNESCO.
- Guibault, L., Westkamp, G., & Rieber-Mohn, T. (2007). Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (February 16, 2012). *Report to the European Commission, DG Internal Market*.
- Guitierrez Vicén, J. (2003). *El futuro de la creación: los derechos de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama.
- Gurry, F. (2011). Directions in Copyright law. The Future of Copyright. *Blue Sky Conference*. Queensland: Queensland University of Technology.
- Hansen, D. R., Jaszi, P. A., Samuelson, P., Schultz, J., & Tushnet, R. (2013). Educational Fair Use Brief in Support of Georgia State University on Behalf of Amici Curiae Academic Authors and Legal Scholars (25 de abril de 2013). *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2259697; Georgetown Public Law Research Paper No. 13-034*.
- Helfer, L. R., & Austin, G. W. (2011). *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*. Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Hendrickson, M. (24 de Agosto de 2007). *Finding DRM-Free Music Online*. Recuperado el 8 de Junio de 2014, de Techcrunch.com: <http://techcrunch.com/2007/08/24/finding-drm-free-music-online/>
- Herald, P. J. (2013). How Copyright makes books and music disappear (and how secondary liability rules help resurrect old songs). *Illinois Public Law and Legal Theory research paper N° 13-54*.
- Herman, B. D. (2012). A political history of DRM and related copyright debates, 1987-2012. *Yale Journal of Law and Technology*, 162, 219.
- Herrera Sierpe, D. (1999). *Propiedad Intelectual, derechos de autor. Ley no. 17.336 y sus modificaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.



- Herrington, T. (2010). International Fair Use? *Technical Communication*(7), 319-329.
- Horten, M. (2013). *A Copyright Masquerade: How corporate lobbying threatens online freedoms*. Nueva York: Zed Books.
- Hugenholtz, P. (2000). Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. *EIPR*(11), 501-502.
- Hugenholtz, P. (2000-2001). Copyright, Contract and Code: What will Remain of the Public Domain? *Brooklyn Journal of International Law*(26).
- Hugenholtz, P., & Senftleben, M. (14 de Noviembre de 2011). *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1959554](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554)
- Hugenholtz, P., van Eechoud, M., van Gompel, S., & Helberger, N. (2006). The Recasting of Copyright & Related Rights from the Knowledge Economy (March 8, 2012). *Report to the European Commission, DG Internal Market*, 308.
- Hughes, J. (1988). The Philosophy of Intellectual Property. *Georgetown Law Journal*(77: 287), 298.
- (2001). *Integrating Intellectual Propety Rights and Development Policy. Reporte de la Comisión de Propiedad Intelectual* . Londres: OMPI.
- Jessen, H. (1989). *Derechos Intelectuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Johnson, T. (16 de Abril de 2014). *Supreme Court Ruling on Aereo Will Be Significant, No Matter Who Wins (Analysis)*. Recuperado el 2 de Mayo de 2014, de Variety.com: <http://variety.com/2014/biz/news/1201157584-1201157584/>
- Joyce, C. (2005). A Curious Chapter in the History of Judicature: Weathon v. Peters and the Rest of the Story (of Copyright in the New Republic). *Houston Law Review*, 42.
- Joyce, C., Leaffer, M., Jaszi, P., & Tyler, O. (2006). *Copyright Law: 2006 cumulative supplement* (Séptima edición ed.). Estados Unidos: Lexis Nexis.
- Kant, I. (1785). *Von der IUnrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*.
- Karjala, D. S. (2012). Sustainability and Intellectual Property rights in Traditional Knowledge. *JURIMETRICS*(53), 57.
- Keréver, A. (1998). El derecho de autor como derecho humano. *Boletín de derecho de autor*, XXXII(3), 23.
- Koch, T. (30 de 10 de 2014). *La Ley de Propiedad Intelectual, aprobada solo con los votos del PP*. Recuperado el 4 de 11 de 2014, de elpais.com: [http://cultura.elpais.com/cultura/2014/10/30/actualidad/1414657007\\_768641.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2014/10/30/actualidad/1414657007_768641.html)

- Koelman, K. J. (2006). Fixing the "Three-step Test". *European Intellectual Property Review*, 8, 407-412.
- Korn, N. (2009). *In from the cold: An assessment of the scope of Orphan Works and its impact on the delivery of services to the public*. Reino Unido: Research Report prepared for the Strategic Content Alliance Collections Trust.
- Kur, A. (2008-2009). Of Oceans, Islands and Inland Water - How much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step Test? *Richmond Journal of Global Law & Business*(8), 288.
- Kwall, R. R. (2001). Author-Stories: narrative's implication for moral rights and copyright joint authorship doctrine. *Southern California Law Review*, 75, 1.
- Labastida i Juan (Trad.), I. (2014). Manifiesto por el Dominio Público. *Iniciativa de la red temática del dominio público digital europeo: Communia*.
- LaCruz Berdejo, J. L. (2003). Elementos de derecho civil. Derechos reales. Posesión y propiedad. En A. Luna Serrano (Ed.), *Elementos de derecho civil* (Vol. 3). Madrid: Dykinson.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (Agosto de 2002). Indefinitely Renewable Copyright. *University of Chicago Law & Economics online working paper N° 154*, 1.
- Lange, D. (1981). Recognizing the Public Domain. *Law & Contemporary Problems*, 44, 147.
- Langvardt, A. W. (2008). The beat should not go on: Resisting early calls for further extensions of Copyright duration. *Penn State Law Review*, 112, 783.
- Leonard, C. (2012). Copyright, Moral Rights and the First Amendment: the problem of integrity and Free Speech. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 35(2), 318.
- Lessig, L. (2005). *Free Culture: the nature and future of creativity*. Estados Unidos: Penguin Books.
- Lev Aretz, Y. (2013). Copyright lawmaking and public choice: From legislative battles to private ordering. *Harvard Journal of Law & Technology*, 27(1), 204.
- Leval, P. N. (1990). Toward a Fair Use Standard. *Harvard Law Review*(103), 1105.
- Levine, A. R. (1995). The end of formalities: No more second class copyright owners. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 13, 553.
- Liemer, S. P. (1998). Understanding artists' moral rights: a primer. *Boston University Public Interest Law Journal*, 7.
- Litman, J. (1987). Copyright, compromise and legislative history. *Cornell Law Review*(72), 857.
- Litman, J. (1990). The Public Domain. *Emory Law Journal*, 39, 965.
- Litman, J. (2008). Billowing white goo. *Columbia Journal of the Law & the Arts*, 597.

- Litpak, A., & Steel, E. (25 de Junio de 2014). *Aereo loses at Supreme Court, in Victory for TV Broadcasters*. Recuperado el 6 de Septiembre de 2014, de The New York Times: <http://www.nytimes.com/2014/06/26/business/media/supreme-court-rules-against-aereo-in-broadcasters-challenge.html>
- Liu, J. P. (2002). Copyright and time: A proposal. *Michigan Law Review* 409, 101, 409.
- López Quiroga, J. (1918). *La Propiedad intelectual en España, estudio teórico y práctico de la Ley y reglamento vigentes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- López Sánchez, C. (2008). *La transformación de la obra intelectual*. Madrid: Dykinson.
- López Yepes, A. (2010). Canales web en Ciencias de la Comunicación. Producción multimedia para la docencia e investigación en Documentación informativa. *Revista Ícono*, 2(14), 164-181.
- Loredo Hill, A. (1998). Naturaleza jurídica del derecho de autor. En *Estudio de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina* (pág. 24). México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Loredo, A. (Febrero de 2006). *Derecho comparado: Derecho de autor y copyright. dos caminos que se encuentran*. Recuperado el 18 de Junio de 2014, de alfa-redi. Derecho y Nuevas Tecnologías.: <http://alfa-redi.org/node/9065>
- Lypszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalia.
- M.G.B. Homes, Inc. v. Ameron Homes, Inc., 30 F. 3d 113 (US Court of Appeals, 11th Circuit 1994).
- MacQueen, H., Waelde, C., Laurie, G., & Brown, A. (2011). *Contemporary Intellectual Property. Law and Policy* (Segunda ed.). Londres: Oxford University Press.
- Magro Servet, V. (2010). *Tratado práctico de propiedad intelectual*. Madrid: El Derecho Editores.
- Marín López, J. J. (2006). La contratación de obra por encargo y la compraventa de obras plásticas. En A. Porras Deglado, A. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. J. Marín López, C. Streul, J. Gutiérrez Vicén, R. Sánchez Aristi, & A. Esteve Pardo, *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama.
- Martín Salamanca, S. (2005). Internet, docencia y propiedad intelectual. En A. Fernández-Valmayor (Coord.), *Como integrar investigación y docencia en el CV-UCM*. Madrid.
- Martínez Espín, P. (1997). Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual (art. 14). En R. Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Mason, D. J. (1996). Fixation on Fixation: Why Imposing Old Copyright Law on New Technology will not work. *Indiana Law Journal*, 71(4), 1047.
- Maxwell, W., & Massaloux, J. (2006). French Copyright Law Reform: French Supreme Court Upholds legality of DVD anti-copy measures. *Entertainment Law Review*(6).



- Mazziotti, G. (2011). Copyright and educational uses: the unbearable case of Italian law from an European and comparative perspective. *European University Institute Department of Law. European University Institute Working Papers, Law 2011/17*.
- Mazzone, J. (2006). Copyfraud. *New York University Law Review*, 81, 1026.
- Menell, P. S., & Nimmer, D. (2014). Aereo, Disruptive Technology, and Statutory Interpretation (June 26, 2014). *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2459312*.
- Menell, P. S., & Nimmer, D. (2014). Cable, Television and the Aereo Case - Then and Now. *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2403019*.
- Merges, R. P. (2000). One hundred years of solicitude: Intellectual Property Law 1900-2000. *California Law Review*, 88, 2190-2191.
- Merges, R. P., & Reynolds, G. H. (2000). The proper scope of the Copyright and Power. *Harvard Law Journal on Legislation*(37), 45.
- Mill, J. S. (2004). *On Liberty and Utilitarianism*. Estados Unidos: Bantam Dell.
- Moffat, V. R. (2004). Mutant copyrights and backdoor patents: the problem of overlapping intellectual property protection. *Berkeley Technology Law Journal*, 19, 1473.
- Monroy Rodríguez, J. C. (2010). Necesidad de nuevas limitaciones o excepciones para facilitar la digitalización y puesta a disposición de obras protegidas en el marco de la educación virtual. *Revista la Propiedad Inmaterial*(14), 195-208.
- Moreno Martínez, J. A. (2011). Límite al derecho de autor por fines educativos. En J. A. Moreno Martínez, *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías* (pág. 394). Madrid: Dykinson.
- Moreno, A. (30 de Octubre de 2014). *Los tentáculos de la Ley de Propiedad Intelectual*. Recuperado el 4 de Noviembre de 2014, de [www.gaceta.es](http://www.gaceta.es): <http://www.gaceta.es/noticias/los-tentaculos-ley-propiedad-intelectual-30102014-1930>
- Muriel Torrado, E. (2012). *Los derechos de autor y la enseñanza en la Universidad: el papel de la biblioteca universitaria (tesis doctoral)*. Granada: Universidad de Granada.
- Murillo Sanz, J. Ó. (2005). El proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Boletín de Legislación El Derecho*(401).
- Netanel, N. W. (2001). Locating copyright within the First Amendment skin. *Stanford Law Review*(54), 1.
- Netanel, N. W. (2008). Why has Copyright expanded? Analysis and critique. En F. Macmillan, *New Directions in Copyright Law*. Estados Unidos: Edward Elgar Publishing.
- Netanel, N. W. (2009). Making sense of Fair Use. *Lewis & Clark Law Review*(15), 715.

- Netanel, N. W. (2013). First Amendment constraints on copyright after *Golan v. Holder*. *UCLA Law Review*(60), 1082.
- Nimmer, D. (2000). A Riff on Fair Use in the Digital Millenium Copyright Act. *University of Pennsylvania Law Review*(148), 673.
- Nimmer, D. (2001). Back from the Future: A Proleptic Review of the Digital Millenium copyright Act. *Berkeley Technology Law Journal*(16), 855.
- Nordemann, W., Vinck, K., Hertin, P. W., & Meyer, G. (1990). *International copyright and neighboring rights law: commentary with special emphasis on the European community*. VCH.
- Okediji, R. (2000). Towards an International Fair Use Doctrine. *Columbia Journal of Transnational Law*, 39(1), XI-76.
- Oliver, J. (2001-2002). Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-step Test. *Columbia Journal of Law & the Arts*(25), 119.
- Ollero Tassara, A. (1995). Los llamados "derechos morales" del autor en los debates parlamentarios. En AAVV: *Propiedad Intelectua: aspectos civiles y penales*. Cuadernos de Derecho Judicial (pág. 35). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- OMS. (2014). *Global Health Observatory - Life Expectancy*. Recuperado el 18 de Junio de 2014, de [www.who.int: http://www.who.int/gho/mortality\\_burden\\_disease/life\\_tables/en/](http://www.who.int/gho/mortality_burden_disease/life_tables/en/)
- Ortega Díaz, J. F. (2005). Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información. *P.E.I., Revista de Propiedad Intelectual*(19), 71-98.
- Palacios López, M., & Antequera Hernández, R. (2000). *Propiedad intelectual: temas relevantes en el escenario internacional*. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana.
- Palau, A. M. (2012). La europeización de la agenda legislativa estatal y autonómica (1986-2007). *Revista de estudios políticos*(16), 69-102.
- Pallas Loren, L. (2000). The purpose of Copyright. *Open Spaces Quarterly*, 2(1), 1.
- Pallas Loren, L. (2007). Building a reliable semicommons of creative works: Enforcement of Creative Commons Licenses and limited abandonment of Copyright. *George Mason Law Review*, 14, 271.
- Papadopoulou, M. D. (2010). Copyright Limitations and Exceptions in an e-Education environment. *European Journal of Law and Technology*, 1(2).
- Patry, W. (1996). Copyright and the legislative process: a personal perspective. *Cardozo arts & entertainment Law Journal*(139).

- Patterson, R. L. (1997-1998). Folsom v. Marsh and its Legacy. *Journal of Intellectual Property Law*(5), 431.
- Peinado Gracia, J. I., & Solana, D. (2008). Press Clipping: Competencia desleal y Propiedad Intelectual. *La Ley. Estudios RCD*(2).
- Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2007). Comentarios al Artículo 32. Citas y reseñas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Fuentes, G. M. (2007). Aproximación al Derecho de citas como figura conciliadora ante el derecho a la educación y el derecho de autor. *Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie*, XI(120).
- Pérez-Gómez Tétré, A. M. (2007). El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado. *La Propiedad Inmaterial, revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia*(10-11), 7.
- Pestano Rodríguez, J. M. (Noviembre de 2006). El enroque audiovisual. Restos del discurso sobre la propiedad de los contenidos en la era digital. *Área Abierta*(15), 11.
- Piola-Caselli, E. (1927). *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel diritto interno italiano comparato col diritto straniero* (2ª ed.). Napoli: E. Marghieri.
- Plaza Penadés, J. (2006). La reforma de la Ley de propiedad intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*(12), 19.
- Quiróga López, J. (1918). *La Propiedad Intelectual en España, estudio teórico y práctico en la ley y reglamento vigentes*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.
- Ramos Albesa, J. (1994). Artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual. En M. Albaladejo García, & D. A. Silvia, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Vols. 4-A). Madrid: Edersa.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Estados Unidos: Harvard University Press.
- Reichman, J., & Samuelson, P. (1997). Intellectual Property Rights in Data? *Vanderbilt Law Review*(50), 51.
- Rendueles, C. (2003). Copiar, robar, mandar. *Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura*, 4.
- Rengifo García, E. (2008). Un nuevo reto del derecho en la edad de la información. *Revista de la Propiedad Inmaterial*(12).
- Report of the Commission on Intellectual Property Rights (WIPO). (Septiembre de 2002). Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. Londres: Commission on Intellectual Property Rights.

- Reporte del Congreso de los Estados Unidos, H.R. Rep. N° 94-1976, (1976).
- Reporte del Congreso de los Estados Unidos. H.R. Rep. N°105-452 (1998).
- Representatives, U. S. (17 de Julio de 1997). *Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary*. Recuperado el 25 de Mayo de 2014, de Copyright.gov:  
<http://www.copyright.gov/docs/regstat97.html>
- Ribera Blanes, B. (2002). *El derecho de la reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson.
- Ribera Blanes, B. (2002). *El derecho de reproducción del autor y sus límites (Tesis doctoral)*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Ricketson, S. (2003). *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Enviroment*. Geneva: Standing Committee on Copyright and Related Rights, WIPO.
- Ricketson, S., & Ginsburg, J. C. (2006). *The Berne convention for the Protection of Literary and Artistic works: 1886:1986*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Rodríguez Lobatón, A., & Montezuma Panez, A. (2004). Lo tuyo es mío o la paradoja de los derechos de autor en Internet. *THEMIS, revista de Derecho*(48), 137 y 138.
- Rodríguez Ruíz, M. (2007). *Los nuevos desafíos de autor en Ecuador*. Ecuador: Edicions Abya-Yala.
- Rogel Vidé, C. (2002). *Derecho de cosas (Manuales básicos)*. Barcelona: Cálamo producciones.
- Rosati, E. (2013). *Originality in EU Copyright: Full harmonization through Case Law*. Edward Elgar Publishing.
- Roselló Manzano, R. (2011). *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*. Madrid: Reus.
- Ruz (Coord.), F. (2011). *El futuro del derecho de autor y los contenidos generalos por los usuarios en la web 2.0*. Madrid: Estudio Independiente realizado por Rooter por encargo de Google.
- Sag, M. (2011). The Pre-History of Fair Use. *Brooklyn Law Review*, 76, 1371.
- Salazar Reyes-Zumeta, L. (2010). Aproximación teórica a la naturaleza jurídica de los bienes intelectual y del Derecho de Propiedad Intelectual. *Revista Propiedad Intelectual*(13), 50-71.
- Sánchez Aristi, R. (2005). *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Granada: Comares.
- Sancho Gargallo, I. (2011). El Fair Use como límite natural de los derechos de propiedad intelectual. *Comunicació a la sessió de l'Academia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de 26 d'abril de 2011*.

- Sandel, M. J. (2009). *Justice: What's the right thing to do?* Estados Unidos: Farrar, Straus and Giroux.
- Sankin, A. (12 de Mayo de 2014). *Is CrossFit using copyright to censor its critics?* Recuperado el 2014 de Mayo de 15, de The Daily Dot: <http://www.dailydot.com/business/crossfit-youtube-copyright-censorship/>
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Schmitz Vacarro, C. (2009). Propiedad Intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2), 343-367.
- Seltzer, W. (2010). Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment (March 1, 2010). *Harvard Journal of Law & Technology*, 24, 171.
- Sentfleben, M. (2004). *Copyright, Limitations and the Three-step Test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- Sentfleben, M. (2006). Towards a horizontal standard for limiting Intellectual Property Rights? WTO panel reports shed light on the Three-step Test in Copyright Law and related tests in Patent and Trademark Law. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 37(4), 407-438.
- Sentfleben, M. (2009). Fair Use in the Netherlands - A Renaissance? *Tijdschrift voor auteurs, media & Informatierecht*, 1.
- Sentfleben, M. (2010). Bridging the differences between copyright's legal traditions - the emerging EC fair use doctrine. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 57(3), 521-552.
- Sentfleben, M. (2010). The International Three-step Test: A model provision for EC Fair Use Legislation. *JIPITEC*(1), 67.
- Sentfleben, M. (2012). Quotations, Parody and Fair Use. En P. Hugenholtz, A. Quaedvillegi, & D. Visser, *July 31, 2012: A Century of Dutch Copyright Law* (pág. 12). Amstelveen: deLex.
- Sereno Restrepo, J. S. (2010). Contenido generado por usuarios (UGC), wikies y derecho de autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*(14), 209-260.
- Seville, C. (2009). *EU Intellectual Property Law and Policy*. Edward Elgar Publishing.
- Shaffer van Houweling, M. (2007). The New Servitudes. *Georgetown Law Journal*(96), 885.
- Shaver, L. (2009). The right to Science and Culture. *Wisconsin Law Review* 2010(1), 121-184.
- Sheffner, B. (9 de Octubre de 2009). Sony v. Tenenbaum: There are limits to fair use defense in copyright infringement cases. *Legal Opinion Letter of the Washington Legal Foundation*, 18(25), 1-2. Recuperado el 11 de Julio de 2014, de Legal Opinion Letter of the Washington

Legal Foundation:

[http://wlf.org/Upload/legalstudies/legalopinionletter/100909Sheffner\\_LOL.pdf](http://wlf.org/Upload/legalstudies/legalopinionletter/100909Sheffner_LOL.pdf)

- Smith, A. (1790). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Valladolid: Oficina de la viuda e hijos de Santander.
- Snyder, C. (20 de Febrero de 2009). *Author Makes a Case for Creative Commons on Twitter*. Recuperado el 15 de Mayo de 2014, de Wired.com: <http://www.wired.com/2009/02/author-makes-a/>
- Solsman, J. E. (11 de Noviembre de 2013). *Netflix, Youtube gobble up half of Internet Traffic*. Recuperado el 16 de Mayo de 2014, de C|net: <http://www.cnet.com/news/netflix-youtube-gobble-up-half-of-internet-traffic/>
- Springman, C. (2004). Reform(aliz)ing Copyright. *Stanford Law Review*, 57, 485.
- Sterk, S. E. (1996). Rhetoric and reality in Copyright Law. *Michigan Law Review*(94), 1197.
- Story, A. (2003). Burn Berne: Why the leading international copyright convention must be repealed. *Houston Law Review*, 40, 763.
- Strahilevitz, L. J. (2005). The right to destroy. *Yale Law Review*, 114, 781.
- Sun, H. (2007). Overcoming the Achilles heel of Copyright Law. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2(2), 265.
- Symonides, J. (2005). Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos. *Revista Derechos Humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*(74), 62.
- Tactuk Retif, A. M. (2009). *El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia (Tesis doctoral)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Tehrani, J. (2004-2005). Et Tu Fair Use: The triumph of natural law copyright. *University of California Davis Law Review*(38), 465.
- Therien, J. R. (2001). Exorcising the Specter of a "Pay-per-Use" Society: Toward preserving Fair USE and the Public Domain in the Digital Age. *Berkeley Technology Law Journal*(16), 979.
- Tian, J. (2009). *Re-thinking intellectual property: the political economy of copyright protection in the digital era*. Londres: Routledge-Cavendish.
- Torremans, P. (2009). *Copyright Law: A handbook of contemporary research*. Edward Elgar Publishing.
- Vega Vega, J. A. (1990). *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos.
- Voegtil, N. A. (1997). Rethinking Derivative Rights. *Brooklyn Law Review*(63), 1213.
- Warren, S., & Brandeis, L. D. (1890). The Right of Privacy. *Harvard Law Review*, 4, 193.



Weinreb, L. L. (1999). Fair Use. *Fordham Law Review*(67), 1291.

Westkamp, G. (2007). *Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II: Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*. Bruselas: European Commission.

*WIPO Intellectual Property Handbook* (Segunda ed.). (2004). Suiza: Publicación de la OMPI núm 489(E).

Xalabarder, R. (2004). Copyright exceptions for teaching purposes in Europe. *Internet Interdisciplinary Institute Working Paper Universidad Oberta de Catalunya*.

Xalabarder, R. (2009). *Study on Copyright Limitations and Exceptions for educational activies in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel*. Geneva: Standing Committee on Copyright and Related Rights, WIPO.

Yoo, C. S. (2012). Copyright and personhood revisited. *University of Pennsilvanya Law School, Public Law Research Paper N° 12-39*, 2-3.

Zapata López, F. (2005). Propiedad intelectual y las industrias de base cultural: la protección de los derechos de autor y derechos conexos. *Seminario Andino sobre el uso de la propiedad intelectual para promover la competitividad* (pág. 5). Lima: OMPI.

#### **Documentos electrónicos y páginas web:**

*A Guide to Youtube Removals*. (s.f.). Recuperado el 13 de Agosto de 2014, de Electronic Frontier Foundation: <https://www.eff.org/issues/intellectual-property/guide-to-youtube-removals>

*Amazon Music Terms of Use*. (11 de Junio de 2014). Recuperado el 12 de Junio de 2014, de Amazon.com: <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010>

BBC News. (15 de agosto de 2012). *Streaming music revenues up 40% globally in 2012*. Recuperado el 5 de marzo de 2013, de <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-19270362>

BunzelMedia. (2012). *Digital Sales Drive Music Business to First Revenue Gain since 1999*. Recuperado el 28 de 03 de 2013, de bunzelmedia.com: <http://www.bunzelmedia.com/pages/15679916.php?>

*Canales académicos de e-Televisión*. (s.f.). Recuperado el 6 de Enero de 2012, de <http://e-television.es/canales>

*Case Law*. (15 de Septiembre de 2013). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de Wiki of creativecommons.org: [https://wiki.creativecommons.org/Case\\_Law](https://wiki.creativecommons.org/Case_Law)

*CDT Releases Report on Meritless DMCA Takedowns of Political Ads*. (12 de October de 2010). Recuperado el 15 de Mayo de 2014, de Center for Democracy & Technology: <https://cdt.org/insight/cdt-releases-report-on-meritless-dmca-takedowns-of-political-ads/>

- Copyright on Youtube.* (13 de Agosto de 2014). Recuperado el 13 de Agosto de 2014, de <http://www.youtube.com/yt/copyright/>
- Creative Commons Case Law.* (15 de Septiembre de 2013). Recuperado el 11 de Junio de 2014, de [wiki.creativecommons.org: https://wiki.creativecommons.org/Case\\_Law](http://wiki.creativecommons.org/Case_Law)
- Dawson, K. (10 de Diciembre de 2008). *Paul McCartney Releases Album as DRM-Free Download.* Recuperado el 8 de Junio de 2014, de Slashdot.com: <http://news.slashdot.org/story/08/12/09/2313201/paul-mccartney-releases-album-as-drm-free-download>
- Facebook: About Copyright.* (13 de Agosto de 2014). Recuperado el 13 de Agosto de 2014, de <https://www.facebook.com/help/249141925204375/>
- Free Art License 1.3.* (27 de Octubre de 2005). Recuperado el 21 de Junio de 2014, de Internet Archive Wayback Machine: <https://web.archive.org/web/20140214160353/http://artlibre.org/licence/lal/en/>
- Gilbert, B. (27 de Noviembre de 2013). *2,000 hours later, Skyrim modder lands a job working on Destiny with Bungie.* Recuperado el 17 de Diciembre de 2013, de Engadget.com: <http://www.engadget.com/2013/11/27/skyrim-falskaar-bungie/#comments>
- Global Digital Media - The Dynamic Digital, IPTV and Smart TV Markets.* (2014). Recuperado el 10 de Mayo de 2014, de Market Reports Online: <http://www.marketreportsonline.com/291539.html>
- Global Health Observatory (GHO): Life Expectancy.* (2014). Recuperado el 25 de Junio de 2014, de World Health Organization: [http://www.who.int/gho/mortality\\_burden\\_disease/life\\_tables/en/](http://www.who.int/gho/mortality_burden_disease/life_tables/en/)
- GNU General Public License.* (12 de Abril de 2014). Recuperado el 21 de Junio de 2014, de gnu.org: <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>
- iTunes Store Terms and Conditions.* (s.f.). Recuperado el 8 de Junio de 2014, de Apple.com: <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html>
- Karjala, D. J. (s.f.). *Recent Derivative Works Based on Frances Hodgson Burnett's Classic The Secret Garden (1911).* Recuperado el 23 de Junio de 2014, de Opposing Copyright Extension: <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/opposingcopyrightextension/publicdomain/SecretGardenDWs.html>
- Karjala, D. S. (s.f.). *Some famous works and year of first publication (Subverted Public Domain list).* Recuperado el 23 de Junio de 2014, de Opposing Copyright Extension: <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/opposingcopyrightextension/publicdomain/PDlist.html>



- Kremerskothen, K. (5 de Octubre de 2011). *200 million Creative Commons photos and counting!*  
Recuperado el 19 de Junio de 2014, de Flickr blog: <http://blog.flickr.net/en/2011/10/05/200-million-creative-commons-photos-and-counting/>
- Licencias Coloriuris*. (s.f.). Recuperado el 21 de Junio de 2014, de Coloriuris:  
<http://www.coloriuris.net/>
- Licencias Creative Commons 4.0*. (18 de abril de 2013). Recuperado el 5 de junio de 2014, de es.creativecommons.org: <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>
- Lichodmapwa V. L'asbl Festival de Theatre de Spa*. (20 de Junio de 2013). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de Wiki de creativecommons.org: [https://wiki.creativecommons.org/09-1684-A\\_\(Lich%C3%B4dmapwa\\_v.\\_L%27asbl\\_Festival\\_de\\_Theatre\\_de\\_Spa\)](https://wiki.creativecommons.org/09-1684-A_(Lich%C3%B4dmapwa_v._L%27asbl_Festival_de_Theatre_de_Spa))
- List of DRM-free games*. (s.f.). Recuperado el 2014 de Junio de 14, de SteamWiki at Wikia:  
[http://steam.wikia.com/wiki/List\\_of\\_DRM-free\\_games](http://steam.wikia.com/wiki/List_of_DRM-free_games)
- Netflix Terms of Use*. (s.f.). Recuperado el 9 de Agosto de 2014, de Netflix.com:  
<https://www.netflix.com/TermsOfUse>
- Panzarino, M. (3 de Septiembre de 2012). *How much does an artist make from a single stream of a song on iTunes Match and Spotify?* Recuperado el 5 de 5 de 2013, de thenextweb.com:  
<http://thenextweb.com/apple/2012/09/03/less-than-a-stinkin-cent/>
- Social Science Research Network*. (s.f.). Recuperado el 15 de Mayo de 2014, de  
<http://www.ssrn.com/en/>
- Spotify Terms and Conditions of Use*. (5 de Marzo de 2014). Recuperado el 8 de Junio de 2014, de Spotify.com: <https://www.spotify.com/us/legal/end-user-agreement/>
- Steam Subscriber Agreement*. (s.f.). Recuperado el 8 de Junio de 2014, de Steampowered.com:  
[http://store.steampowered.com/subscriber\\_agreement/](http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/)
- Turbow, J. (2 de Diciembre de 2010). *In Streaming, options grow*. Recuperado el 9 de marzo de 2013, de The New York Times:  
[http://www.nytimes.com/2010/12/03/technology/personaltech/03SERVICE.html?\\_r=1&adxn=1&adxnlnx=1406657244-Roj6ytPHmNz5ly7Na/emVw](http://www.nytimes.com/2010/12/03/technology/personaltech/03SERVICE.html?_r=1&adxn=1&adxnlnx=1406657244-Roj6ytPHmNz5ly7Na/emVw)
- van Grove, J. (21 de Enero de 2009). *YouTube Expands Click-to-Buy, Takes Over Your Videos*.  
Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de Mashable.com:  
<http://mashable.com/2009/01/21/youtube-click-to-buy-overlay-ads/>
- Yorke, T. (2 de Octubre de 2013). Entrevista con Tom Yorke de Atoms for PEace. (Rulo, Entrevistador)

### **Trabajos citados en el *adendum*:**

Carbonell, M. (1 de Febrero de 2012). *Verborrea e incultura constitucional*. Recuperado el 4 de Noviembre de 2014, de nexos.com.mx: <http://www.nexos.com.mx/?p=14673>

Koch, T. (30 de 10 de 2014). *La Ley de Propiedad Intelectual, aprobada solo con los votos del PP*. Recuperado el 4 de 11 de 2014, de elpais.com: [http://cultura.elpais.com/cultura/2014/10/30/actualidad/1414657007\\_768641.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2014/10/30/actualidad/1414657007_768641.html)

Moreno, A. (30 de Octubre de 2014). *Los tentáculos de la Ley de Propiedad Intelectual*. Recuperado el 4 de Noviembre de 2014, de www.gaceta.es: <http://www.gaceta.es/noticias/los-tentaculos-ley-propiedad-intelectual-30102014-1930>

### **Jurisprudencia**

#### **Sentencias españolas:**

STC 153/1985 (Tribunal Constitucional 7 de Noviembre de 1985).

STC 153/1985 (Tribunal Constitucional 7 de Noviembre de 1985).

STC 197/82 (Tribunal Constitucional 2 de Junio de 1982).

STC 197/82 (Tribunal Constitucional 2 de Junio de 1982).

STC 36/1991, 36/1991 (Tribunal Constitucional 14 de Febrero de 1991).

STS 1688/1985 (Tribunal Supremo 9 de Diciembre de 1985).

STS 23 de marzo, RAJ 1999/2005 (Tribunal Supremo 23 de Marzo de 1999).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, REC 749/2007

#### **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-5/08, Infopaq International A/S vs. Danske Dabladet Forening, de 16 de julio de 2009

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala tercera), en el asunto C-302/10 de 17 de enero de 2012

#### **Sentencias de países de la Unión Europea:**

Cour de cassation (1re ch. civ.), de 28 de febrero de 2006, Studio Canal, Universal Pictures Video France et SEV c/ Perquin et Ufc que Choisir (Francia)

*Curry-Audax* . (18 de Enero de 2011). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de Wiki de creativecommons.org: <https://wiki.creativecommons.org/File:Curry-Audax-English.pdf>

Google, Inc. vs. Copiepresse SCRL. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Sentencia del 13 de febrero de 2007. ECDR 5 (Bélgica)

Lichodmapwa V. L'asbl Festival de Theatre de Spa, 26 de octubre de 2010 (Bélgica)

Rechtbank Den Haag, marzo de 2005, asunto nº 192880, LJN: AS8778, Computerrecht 2005 (Ministry Press Reviews) (Países Bajos)

Tribunal Supremo Alemán Caso I ZR 118/96, de 25 de febrero de 1999 (2000), ECC 237 (Re: The Supply of Photocopies of Newspaper Articles by a Public Library). (Alemania.)

### **Resoluciones internacionales:**

Resolución del Panel de la OMC (WT/DS160/R) de 15 de Junio de 2000 (Organización Mundial del Comercio).

### **Sentencias de EEUU:**

A & M Records v. Napster, 239 F. 3d 1004 (2001).

American Broadcasting Cos., Inc. v. Aero, Inc., 753 U.S. \_\_\_\_ (2014).

American Tobacco Co. V. Werckmeister, 207 U.S. 284 (1907).

Ashton-Tate Corp. v. Ross, 916 F.2d 516 (9th Cir 1990).

Assessment Technologies of WI, LLC v. WIREdata, Inc. , F.3d 640 (7th Cir. 2003).

ATC Distrib. Group Inc. v. Whatever it Takes Transmissions & Parts, Inc., 402 F3d 700 (6th Cir. 2005).

Blake A. Field v. Google, Inc. , 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

Calega v. Inter-Ocean Newspaper Co., 157 Fed. 186, 188 (1907).

Childress v. Taylor, 945 F. 2d 500 (2d Cir. 1991).

Community for Creative Non-Violence v. Reid, 400 U.S. 730 (1989).

Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)

Entertainment Research Group, Inc. v. Genesis Creative Corp, Inc. , 122 F. 3d 1211 (9th Cir. 1997).

Erickson v. Trinity Theatre, Inc., 13 F. 3d 1061 (7th Cir. 1994).

Fairbanks v. Winik, 201 N.Y.S. 487 (App. Div. 1923).

Feist v. Rural Telephone, 499 U.S. 340 (1991).

First National Bank of Boston v. Belloti, 435 U.S. 765 (1978).

Fisher v. Dees, 794 F. 2d 432 (9th Cir. 1986).

Fogerty v. Fantasy, 510 U.S. 517 (1999).

Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (1841).

Fox Film Corp. v. Doyal, 286 U.S. 123 (1932).

Gaiman v. McFarlane, 360 F. 3d 644 (7th Cir. 2004).

Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc., 538 F. 2d 14 (1976).

Globe Newspaper Co. V. Walker, 210 U.S. 356 (2010).

Gola v. Holder, 565 U.S. \_\_ 132 (S. CT. 873 2012).

Gracen V. Bradford Exchange, 698 F.2d 300 (7th Cir. 1983).

Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

International News Service V. Associated Press, 248 U.S. 255 (1918).

Jacobsen V. Katzer, 535 F. 3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

Kenbrooke Fabrics, Inc. v. Material Things, 223 U.S.P.Q. 1039 (S.D.N.Y. 1984).

Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enters, Inc., 945 F. 2d 509 (2d Cir. 1991).

Magic Marketing v. Mailing Services of Pittsburgh, 634 F. Sup.. 769 (W.D.Pa. 1986).

Mattel, Inc. V. Walking Mountain Prods., 353 F. 3d 792, 803 (9th Cir. 2003).

Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

MGM v. Grokster, 545 US 913 (2005).

National Conf. v. Multistate legal studies, 692 F. 2d 478 (7th Cir. 1982).

Palladium Music Inc. v. EatSleep Music, Inc., 398 F. 3d 1193 (10th Cir. 2005).

Satava v. Lowry , 323 F.3d 805 (9th Cir. 2003).

Sony v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).

Steward v. Abend, 495 U.S. 207 (1990).

Twentieth Century Music Corp v. Aiken, 422 U.S. 151 (1975).

Weathon v. Peters, 33 U.S. 591 (1834).

Whelan v. Jaslow, 797 F. 2d 1222 (3d Cir. 1986).

White-Smit Music Publishing Co. v. Apollo Co., 209 U.S. 1 (1908).

### **Legislación:**

## **Tratados Internacionales:**

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886.

Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de Roma, de 1961.

Convenio de Ginebra, de 1971, para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (Acuerdo ADPIC) de 1994.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996.

## **Directivas Europeas:**

Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos. (Traspuesta al Derecho español por la Ley 5/1998).

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta es la llamada Directiva de la sociedad de la información, Infosoc o DDASI. (Traspuesta al Derecho español por la Ley 23/2006).

Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual. (Traspuesta al Derecho español por la Ley 19/2006).

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual.

Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

## **Legislación española**

Constitución Española, 1978.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el R.D. Legislativo 1/996, de 12 de abril.

Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

### **Leyes europeas:**

Código de la Propiedad Intelectual (Francia)

*Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 (Reino Unido)

Copyright and Related Rights Act de 2000 (República de Irlanda)

Ley sobre Derecho de autor y Derechos Conexos modificada el 17 de diciembre de 2008 (Alemania)

Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos alemana (modificada el 16 de julio de 1998) (Alemania)

Ley del 22 de abril de 1941 sobre la protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio (Italia)

Ley de derecho de autor de los Países Bajos (Países Bajos)

### **Leyes latinoamericanas:**

Ley 23 de 28/1/82 General de Derechos de Autor (Colombia).

Ley 11.723 del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (Argentina).

Ley Federal del Derecho de Autor (México)

### **Leyes de Estados Unidos:**

Constitución de los Estados Unidos de América

Ley de Copyright de 1790 (Estados Unidos)

Ley de Copyright de 1909 (Estados Unidos)

Ley de Copyright de 1978 (Estados Unidos)

*Visual Artists Rights Act* de 1990 (Estados Unidos)

*Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (Estados Unidos)

*Copyright Term Extension Act* de 1998 (Estados Unidos)

*Fairness in Music Licensing Act* de 1998 (Estados Unidos)

